MODIFICATION DE L'ARTICLE 45 DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE :

CADRE LÉGISLATIF

Robert S. Russell
Adam F. Fanaki
Davit D. Akman

Le 11 avril 2001

BORDEN LADNER GERVAIS S.A.R.L.

Table des matières

I. RÉSUMÉ 1

II. CONTEXTE 4

III. ALLIANCES STRATÉGIQUES ET ENTENTES INJUSTIFIABLES 5

IV. LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION 8

V. L'ARTICLE 81 DU TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE ... 9
- (a) Introduction 9
- (b) Application de l'article 81 9
- (c) Objet de l'accord 10
- (d) Effet de l'accord 12
- (e) Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 à la coopération horizontale 12
- (f) Article 81 et règle de la raison 13
- (g) Restrictions accessoires 15
- (h) La règle *de minimus* 16
- (i) L'exemption prévue au paragraphe 81(3) 18
- (j) Critique du régime du Traité CE 20
- (k) Situation dans certains pays de l'Union européenne 26
- (l) Conclusion relativement aux régimes appliqués dans l'Union européenne 29

VI. LES ÉTATS-UNIS 30
- (a) La conception américaine moderne des ententes horizontales 32
- (b) La norme de la règle de la raison 34
  - (i) L'atteinte à la concurrence 34
  - (ii) La justification d'efficience 35
  - (iii) Nécessité raisonnable 36
  - (iv) Effet net 36
- (c) L'illégalité *per se* 36
- (d) Conclusions relatives au régime appliqué aux États-Unis 40
  - (i) Macro-avantages 40
  - (ii) Macro-inconvénients 40
  - (iii) Micro-avantages et micro-inconvénients 41
    - (1) Illégalité *per se* 41
    - (2) Règle de la raison 44

VII. AUSTRALIE 44
- (a) Autorisations 46

VIII. NOUVELLE-ZÉLANDE 50
(a) Dispositions de fond 50
(b) Autorisations et exemptions 52

IX. AFRIQUE DU SUD 55
(a) Dispositions de fond 55
(b) Exemptions 56

X. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DES RÉGIMES AUSTRALIEN, NÉO-ZÉLANDAIS ET SUD-AFRICAIN 57

XI. RÉSUMÉ DES APPROCHES ÉTRANGÈRES EN MATIÈRE DE RESTRICTIONS HORIZONTALES 59

XII. LEÇONS TIRÉES DE L'EXAMEN COMPARATIF 60
(a) Définition de l'interdiction 60
(b) Régime double 63
(c) Facteurs sociaux et autres considérations non économiques 64
(d) Éléments essentiels d'un article 45 modifié 64

XIII. CRITIQUE DE L'ARTICLE 45 : ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA RÉFORME .. 65

XIV. PROPOSITIONS DE RÉFORME 67
(a) Objectifs de nature législative 67
(b) Modèles précédemment proposés 68
(c) Préoccupations soulevées par les propositions antérieures 70
(i) « Entre concurrents » 70
(ii) Exception relative à la part de marché 71
(iii) Modèle du régime double 72
(1) Immunité sur le plan criminel 72
(2) Cas de non-application de l'analyse fondée sur la règle de la raison 73
(iv) Mesures correctives civiles 74
(d) Nouvelle proposition de modification 75
(i) Interdiction criminelle 75
(ii) Régime civil 75
(iii) Avis 77
(1) Modèle du régime discrétionnaire (le MRD) 78
(2) Modèle du régime civil (le MRC) 80

I. RÉSUMÉ

Le présent rapport examine divers cadres législatifs qui pourraient servir de modèle pour la modification de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. La réforme aurait pour but de créer un régime réprimant efficacement les ententes injustifiables tout en encourageant les alliances stratégiques et la collaboration entre concurrents ayant des effets bénéfiques pour la concurrence. Elle viserait accessoirement à harmoniser les lois canadiennes avec celles de ses principaux partenaires commerciaux et, dans la mesure du possible, à encadrer de la même façon la collaboration entre concurrents et les fusionnements.

Pour déterminer le modèle législatif qu'il convient d'appliquer pour atteindre les objectifs décrits plus haut, nous avons examiné ce qui s'est fait ailleurs, notamment dans l'Union européenne, en Allemagne, en Italie, aux États-Unis, en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud. Cet examen a mis en lumière des caractéristiques particulières ainsi que des différences conceptuelles. Par exemple, l'article 1 de la *Sherman Act* (États-Unis) est une disposition générale à partir de laquelle la jurisprudence a établi, relativement aux ententes injustifiables, des catégories d'infractions *per se* ainsi que le critère de l'absence d'effet sur la concurrence, tandis que pour d'autres types d'ententes visées à l'article 1, les tribunaux ont recours à l'analyse fondée sur la règle de la raison pour déterminer s'il y a infraction. Par contre, l'article 81 du *Traité instituant la communauté européenne* (le Traité CE) ne prévoit pas d'infraction *per se*; il énonce une interdiction générale assortie d'un régime d'exceptions individuelles ou catégorielles qui, en principe, pourrait créer des exemptions à l'égard d'ententes qui, aux États-Unis, seraient visées par les interdictions *per se* implicites découlant de la *Sherman Act*. La *Trade Practices Act* de l'Australie, elle, énonce des interdictions très précises visant des ententes de fixation des prix et d'autres, plus générales, s'apparentant à celle de l'article 81 du Traité CE.

L'article 45 de la *Loi sur la concurrence* se démarque à plusieurs égards des lois étrangères en cette matière. Il n'établit, par exemple, qu'une règle de raison « partielle », contrairement à l'article 1 de la *Sherman Act* et au paragraphe 81(3) du Traité CE. Il ne crée pas, non plus, d'interdiction *per se* comme le fait la *Sherman Act* telle qu'elle est interprétée par les tribunaux américains. Divers auteurs ont critiqué l'article 45, lui reprochant d'avoir une portée à la fois trop restrictive - car il permet à des ententes manifestement anticoncurrentielles d'échapper à des sanctions - et trop large - car il criminalise toutes les ententes horizontales, même celles qui peuvent avoir des effets bénéfiques. L'instruction de poursuites fondées sur cette disposition démontre en outre qu'il est très difficile d'invoquer cette disposition pour réprimer des ententes injustifiables lorsque fait défaut la preuve que l'entente réduit indûment la concurrence ou que les parties voulaient qu'elle ait ce résultat.

Pour corriger cette lacune, on peut s'inspirer de l'expérience acquise relativement à l'article 1 de la *Sherman Act*, laquelle indique que les interdictions *per se* peuvent constituer une mesure dissuasive et correctrice efficace à l'égard des ententes injustifiables. Plus particulièrement, il en coûte moins cher de faire appliquer les interdictions *per se*, et elles promettent une plus grande certitude et une plus grande prévisibilité. Toutefois, l'expérience américaine démontre aussi que le régime *per se* a l'important désavantage de la rigidité et peut avoir pour résultat d'interdire des mesures bénéfiques de collaboration entre concurrents.

Afin de ne pas réprimer des ententes potentiellement proconcurrentielles, il s'impose de prévoir une exception protégeant la catégorie restreinte des ententes qui, à strictement parler, contreviennent aux interdictions, mais qui sont néanmoins souhaitables parce qu'elles favorisent la concurrence. L'analyse fondée sur la règle de la raison constitue une solution. Le tribunal qui a recours à ce type d'analyse jouit de la souplesse nécessaire pour distinguer les collaborations proconcurrentielles procurant un plus grand bien-être de celles qui ne présentent pas ces caractéristiques. La règle de la raison, toutefois, ne peut être appliquée que graduellement, par élaboration jurisprudentielle, et son adoption ne résoudrait pas les problèmes pratiques du Bureau de la concurrence en matière d'application de la loi. En outre, on peut dire que l'analyse fondée sur la règle de la raison procure moins de certitude et ne permet pas de faire appliquer la loi aussi efficacement parce qu'il faut chaque fois entreprendre une évaluation et une analyse de marché complexes pour déterminer si les avantages proconcurrentiels de l'entente en cause l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels.

Un régime d'avis, d'autorisation ou d'exemption permet d'éviter plusieurs des lacunes du concept américain de l'analyse fondée sur la règle de la raison. Le paragraphe 81(3) du Traité CE fait appel à un tel régime, ainsi que les lois de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Comme la loi américaine, ces textes appliquent intégralement la règle de la raison. Les autorités veillant à leur application jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire de protection des ententes en fonction des circonstances particulières en cause. Ce sont ces autorités et non les tribunaux (administratifs ou judiciaires) qui exercent le pouvoir exclusif (à tout le moins en première instance) d'autoriser une entente qui enfreindrait autrement une interdiction énoncée par la loi ou de lui appliquer une exemption. Il s'ensuit qu'elles sont en mesure d'orienter la progression de la politique de concurrence en matière de collaboration entre concurrents tout en évitant les coûts et les retards liés à une instruction administrative et sans avoir à s'en remettre à une jurisprudence imprévisible.

Pour être efficace, un tel régime devrait éviter l'exclusion de principe des ententes injustifiables et prévoir une procédure simple et courte. Nous proposons deux modèles : (i) le modèle permettant au commissaire d'accorder une exemption ou d'intenter une poursuite civile ou criminelle relativement à une entente existante ou proposée faisant l'objet d'une demande d'exemption (le modèle du régime discrétionnaire) et (ii) un modèle identique comportant deux exceptions, l'une prévoyant que seules les ententes dont il a été donné avis avant leur conclusion ou leur entrée en vigueur pourraient être admissibles pour exemption, et l'autre, que le commissaire ne serait pas autorisé à intenter une poursuite criminelle relativement à une entente ayant fait l'objet d'un avis (le modèle du régime civil). Selon nous, cette dernière formule pose quelque peu problème car elle entraînerait la tenue d'une analyse complète des effets qu'ont sur la concurrence des ententes injustifiables non déguisées, alors qu'il conviendrait davantage et qu'il serait plus efficace de leur appliquer une interdiction criminelle *per se*. Il y aurait également perte d'efficacité, en terme de coût et de temps, car il faudrait procéder à une analyse des effets sur la concurrence même pour les ententes qui, autrement, contreviendraient clairement à une interdiction *per se*. C'est pourquoi nous croyons que le modèle du régime civil risque de réduire l'efficacité et l'efficience des poursuites intentées par le commissaire relativement aux ententes injustifiables non déguisées. Il

est en outre possible, dans ce modèle, que les parties se servent du processus d'exemption pour protéger des ententes injustifiables de toute poursuite criminelle. On comblerait facilement ces lacunes, toutefois, en limitant la procédure d'avis aux projets d'entente qui n'ont pas encore été mis en oeuvre.

Dans les deux modèles proposés, les ententes qui n'enfreignent pas les interdictions *per se* seraient assujetties à un examen de nature civile. La création d'un régime civil comporte divers avantages, notamment l'harmonisation de la façon de traiter les fusionnements et les alliances stratégiques. En outre, l'expérience spécialisée du Tribunal ainsi que les normes de preuve moins élevées qui y sont appliquées conviennent mieux à l'examen des effets anticoncurrentiels ou bénéfiques possibles.

À notre avis, la formule du « régime double » concilie bien la dissuasion et la répression des ententes injustifiables d'une part et la nécessité de disposer d'un forum où il soit possible d'établir efficacement une distinction entre les collaborations proconcurrentielles se traduisant par un bien-être accru des collaborations anticoncurrentielles.

II. CONTEXTE

Nous avons reçu le mandat d'examiner, dans le cadre de l'initiative législative continue du Bureau de la concurrence, diverses avenues de modification de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. Cet article est considéré comme la pierre angulaire ou la disposition fondamentale du droit de la concurrence canadien, et les maux qu'il vise à corriger, comme la fixation des prix et d'autres ententes anticoncurrentielles horizontales, ont été qualifiés d'antithèses de la libre concurrence et de comportements mettant en lambeaux le tissu économique de notre société. Toutefois, malgré l'importance cruciale de la disposition relative au complot dans le régime appliqué par le Canada en matière de concurrence, elle est pour ainsi dire demeurée inchangée depuis son introduction dans la loi initiale adoptée en cette matière en 1889, l'*Acte à l'effet de supprimer et de prévenir les coalitions formées pour gêner le commerce*.

Cette longévité n'a pourtant pas empêché plusieurs auteurs de prôner la modification de l'article 45. Comme nous le verrons dans le présent rapport, des études récentes ainsi que des procès très médiatisés instruits aux États-Unis, au Canada, dans la l'Union européenne et ailleurs ont démontré que les ententes injustifiables sont plus répandues et plus nocives qu'on ne le croyait. À titre d'exemple, au cours des deux dernières années seulement, les tribunaux canadiens ont imposé plus de 126 millions de dollars d'amendes en vertu de l'article 45, relativement à des ententes injustifiables.

Par ailleurs, un consensus de plus en plus solide se fait autour de la nécessité d'encourager les avantages proconcurrentiels pouvant découler de certaines alliances stratégiques ou collaborations entre concurrents. Tant les *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* de la Commission fédérale du commerce du Département de la justice (États-Unis) que les *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale* reconnaissent les avantages non négligeables que procurent ces collaborations et la nécessité de les encourager.

Ces auteurs ont aussi fait valoir que l'article 45 ne permet ni de poursuivre efficacement les auteurs d'ententes manifestement anticoncurrentielles ni de distinguer clairement entre les ententes élevant le bien-être social grâce à des gains en efficience supérieurs au préjudice anticoncurrentiel et celles qui n'ont pas cet effet. Ils recommandent donc que la réforme de l'article 45 ait pour principal objectif de permettre la répression plus efficace des ententes le plus susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, comme les ententes injustifiables, sans décourager les alliances stratégiques proconcurrentielles.

Le projet de loi C-472 cherchait à atteindre cet objectif en proposant d'importantes modifications à l'article 45[1], notamment en créant une interdiction *per se* à l'égard de certains types d'ententes,

---

[1] *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (collusion et droit des particuliers de présenter une demande), la Loi sur le Tribunal de la concurrence (dépens et procédure sommaire) et le Code criminel en conséquence*, 36e législature, 2e session, 48-49 Elizabeth II, 1999-2000.

dont les ententes visant à fixer des prix, à répartir des marchés, à restreindre la production et à instaurer un boycottage, qui actuellement ne constituent des infractions à l'article 45 que s'il est démontré qu'elles empêchent ou réduisent indûment la concurrence. Le projet de loi proposait aussi l'introduction d'une disposition civile correspondante qui aurait permis au commissaire de demander au Tribunal de rendre des ordonnances correctrives à l'égard de toute autre entente, lorsqu'il était prouvé qu'elles diminueraient sensiblement la concurrence. Enfin, le projet de loi C-472 prévoyait l'établissement d'un processus d'autorisation accordant aux parties à des alliances stratégiques une immunité contre les poursuites civiles.

Il est utile, lorsqu'il s'agit d'évaluer des propositions modificatrices comme celles qu'énonce le projet de loi C-472, de tenir compte de ce qui se fait ailleurs relativement à la collaboration entre concurrents. Dans le présent rapport, nous avons donc passé en revue quelques-unes de ces démarches, et nous proposons des modifications intégrant certains éléments des modèles examinés. Nous examinons, plus particulièrement, les points suivants :

(i) la nécessité d'encourager les alliances stratégiques tout en décourageant les ententes injustifiables;

(ii) la nécessité d'harmoniser la disposition relative aux complots avec les lois des principaux partenaires commerciaux du Canada;

(iii) les régimes adoptés par l'Union européenne, l'Allemagne, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Afrique du Sud ainsi que les points forts et les point faibles de chacun d'eux;

(iv) les éléments de l'actuel article 45 et ses points faibles

(v) les modèles législatifs proposés.

III. ALLIANCES STRATÉGIQUES ET ENTENTES INJUSTIFIABLES

Comme nous l'avons déjà signalé, l'un des principaux objectifs poursuivis par les modifications proposées pour l'article 45 est l'établissement d'un mécanisme souple qui découragera efficacement les ententes injustifiables tout en ne dissuadant pas les parties de conclure des alliances stratégiques pouvant avoir des effets positifs. Des organismes responsables de la concurrence ont expressément reconnu les avantages que peuvent procurer certaines alliances stratégiques entre concurrents. On peut notamment lire ce qui suit dans les *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* [ci-après les Lignes directrices conjointes] élaborées par la Commission fédérale du commerce et le Département de la justice des États-Unis :

> [TRADUCTION]
> Il arrive, dans les marchés modernes, que des concurrents aient besoin de collaborer entre eux pour être concurrentiels. Les forces concurrentielles obligent

> à une collaboration complexe les entreprises qui poursuivent des objectifs d'expansion à l'étranger, d'innovation coûteuse ou de réduction des coûts de production et d'autres coûts.
>
> Souvent, ce type de collaboration est non seulement inoffensif mais proconcurrentiel. De fait, au cours des deux dernières décennies, les organismes antitrust fédéraux ont intenté peu de poursuites civiles concernant des formes de collaboration entre concurrents. Il se peut néanmoins que le développement de collaborations proconcurrentielles soit découragé par une perception du droit de la concurrence selon laquelle est suspect tout accord entre concurrents réels ou potentiels[2].

Le document reconnaît aussi que la collaboration entre concurrents peut entraîner divers avantages pour les consommateurs : elle peut entre autres permettre aux parties d'offrir des produits ou des services plus abordables ou plus intéressants ou de les mettre en marché plus rapidement qu'elles ne pourraient le faire sans coopération. La collaboration permet également aux parties d'employer plus efficacement leurs ressources existantes ou d'obtenir d'autres avantages potentiels auxquels elles n'auraient pas accès autrement. Les Lignes directrices conjointes exposent ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Les gains en efficience découlant de la collaboration entre concurrents sont souvent le fait de la mise en commun de différentes capacités ou ressources. Par exemple, l'une des parties peut posséder une expérience technique particulière qui complète utilement le processus de fabrication d'une autre partie et qui permet à celle-ci de réduire ses coûts de production ou d'améliorer la qualité du produit. Dans d'autres cas, la collaboration peut faciliter la réalisation d'économies d'envergure et d'économies d'échelles qui seraient hors d'atteinte de chaque partie isolément. Par exemple, deux entreprises peuvent combiner leurs activités de recherche ou de commercialisation de façon à ce qu'il leur en coûte moins cher pour placer leurs produits sur le marché ou à réduire le temps nécessaire pour préparer ou commencer la vente de nouveaux produits[3].

Une copie des Lignes directrices conjointes est jointe à l'annexe I. La Commission européenne a elle aussi reconnu les avantages pouvant découler de la coopération horizontale dans certaines circonstances :

> D'autre part, une coopération horizontale peut aussi produire des avantages économiques substantiels. Les entreprises doivent s'adapter à des pressions concurrentielles croissantes, à un marché en constante évolution qui se mondialise

---

2 Federal Trade Commission et U.S. Department of Justicce, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (avril 2000), à la p. 1, annexe I [ci-après les Lignes directrices conjointes].

3 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 6.

> de plus en plus, à des progrès techniques incessants et au plus grand dynamisme des marchés en général. La coopération peut être un moyen de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, de mettre en commun un savoir-faire et de lancer des innovations sur le marché plus rapidement. Pour les moyennes et petites entreprises, en particulier, la coopération est un important moyen d'adaptation à l'évolution des marchés[4].

Malgré les bienfaits pouvant résulter d'alliances stratégiques, toutefois, il est également incontestable que la coopération entre concurrents produisant des ententes injustifiables peut entraîner de graves distorsions de la concurrence. Un rapport récent de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur ces ententes les définit comme [TRADUCTION] « des ententes anticoncurrentielles en vue de la fixation des prix, de la restriction de la production, du dépôt de soumissions concertées ou du partage de marchés » et signale qu'elles sont [TRADUCTION] « beaucoup plus répandues et beaucoup plus nocives pour l'économie mondiale qu'on ne le croyait »[5]. Pour corriger cette situation, l'organisme invite chaque pays membre à :

> [TRADUCTION]
> ... veiller à ce que ses lois sur la concurrence répriment et découragent efficacement les ententes injustifiables. Il est fortement recommandé aux membres de voir à ce que les peines prévues et les pouvoirs d'enquête soient adéquats et à ce que les exclusions et les autorisations consenties à l'égard de conduites qui constitueraient autrement des ententes injustifiables soient nécessaires et ne dépassent pas la mesure voulue pour permettre l'atteinte de l'objectif prépondérant poursuivi[6].

Il n'y a pas que les ententes injustifiables; les formes de collaboration proconcurrentielles peuvent elles aussi faciliter la collusion tacite au moyen de pratiques comme l'échange et la divulgation de renseignements sensibles sur le plan de la concurrence.

Compte tenu de l'importance des avantages et des désavantages pouvant résulter de la collaboration entre concurrents, il est généralement reconnu que tout régime visant à réglementer de telles ententes doit pouvoir décourager et interdire efficacement les ententes injustifiables tout en conservant assez de souplesse pour ne pas dissuader les concurrents de conclure des alliances stratégiques potentiellement bénéfiques. De plus, les textes de loi doivent être clairs et faciles à faire appliquer, se prêter à une application uniforme et peu coûteuse et procurer un degré

---

4 *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale* (2001/C 3/02), à la p. C 3/2 [ci-après les Lignes directrices]

5 Organisation de coopération et de développement économiques, *Hard Core Cartels* (2000), aux p. 6 et 11.

6 *Ibid.*, à la p. 14

raisonnable de prévisibilité à ceux dont la conduite pourrait faire l'objet d'un examen[7]. Selon nous, toute réforme des dispositions relatives au complot doit avoir ces deux objectifs en vue. Le projet de loi C-472 et les modifications envisagées qui sont décrites dans le cadre de référence poursuivent ces fins au moyen d'un régime double en application duquel seuls les accords les plus préjudiciables donneraient lieu à une sanction criminelle, les autres ententes étant évaluées suivant une norme de nature civile. Les avantages d'une telle démarche seront examinés plus en détail plus loin dans le rapport.

IV. LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION

La nécessité d'harmoniser les dispositions relatives au complot avec celles qui sont appliquées par les États-Unis, par les pays d'Europe et par d'autres partenaires commerciaux importants du Canada est un objectif qui a été formulé tant dans les consultations publiques au sujet du projet de loi C-472 que dans le cadre de référence de la présente étude. Notre rapport examine donc comment plusieurs pays traitent la collaboration entre concurrents. En droit de la concurrence, la convergence est porteuse d'avantages. Ainsi, un auteur a écrit que [TRADUCTION] « l'absence de convergence constitue un obstacle au commerce », « pour les sociétés se livrant au commerce international, la convergence réduit les coûts liés à la conformité à la loi » et que [TRADUCTION] « la convergence libère les États de la nécessité de l'application extraterritoriale de leur droit de la concurrence et de la nécessité correspondante pour les États visés d'adopter des lois de blocage ou de récupération »[8]. Ces avantages ont suscité certaines tentatives d'harmonisation de textes de loi internationaux sur la concurrence, notamment le code de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement intitulé *Les pratiques commerciales restrictives*, le *Rapport intérimaire sur la convergence des politiques de la concurrence* de 1994 et le *Draft International Antitrust Code*. Jusqu'à présent, ces mesures ont, pour la plupart, échoué[9].

Comme on pourra le voir dans ce qui suit, la difficulté à laquelle se heurtent ceux qui veulent promouvoir « l'harmonisation avec les principaux partenaires commerciaux » réside dans la différence des modèles appliqués par beaucoup de ces partenaires. Par exemple, l'article 1 de la *Sherman Act*, tel qu'il est interprété et appliqué par les tribunaux américains, établit des interdictions *per se* à l'égard des ententes injustifiables, sans prévoir de critère lié aux effets sur la concurrence, alors que pour d'autres types d'ententes il donne lieu à une analyse fondée sur la règle de la raison visant à déterminer s'il y a eu transgression de l'interdiction des pratiques restreignant abusivement le commerce. À l'opposé, l'article 81 du Traité CE n'établit pas de régime *per se*; il énonce plutôt une interdiction générale assortie d'un ensemble d'exceptions individuelles ou catégorielles qui, en principe, pourraient créer des exemptions à l'égard

---

7 Voir Thomas W. Ross, « Proposals for a New Canadian Competition Law on Conspiracy », (1991) 36 Antitrust Bulletin 851, aux p. 869-870.

8 Daniel Steiner, « The International Convergence of Competition Laws » (1997), 24 Man. L.J. 577, à la p. 581.

9 *Ibid.*, à la p. 678.

d'ententes qui seraient visées par les interdictions *per se* implicites découlant de la *Sherman Act*. On voit donc que l'objectif d'harmonisation, en particulier avec les principaux partenaires commerciaux du Canada, soulève nécessairement le problème du modèle à retenir. En outre, comme il en sera question plus loin, l'harmonisation intégrale du droit de la concurrence canadien avec celui des partenaires commerciaux n'est peut-être pas souhaitable, étant donné que beaucoup d'entre eux prennent en considération des facteurs sociaux ou d'autres facteurs non économiques pour déterminer si la collaboration est permise.

V. L'ARTICLE 81 DU TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

(a) Introduction

L'article 81 (auparavant l'article 85) du *Traité instituant la communauté européenne* (Traité CE) interdit, pour incompatibilité avec le marché commun, un vaste éventail d'accords, de décisions et de pratiques anticoncurrentielles. Le paragraphe 81(1) s'applique aux « accords entre entreprises, [...] décisions d'associations d'entreprises et [...] pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ... ». Aux termes du paragraphe 81(2), les ententes contrevenant au paragraphe (1) sont automatiquement frappées de nullité, à moins qu'une exemption prévue au paragraphe (3) ne s'applique. De plus, les infractions à l'article 81 sont punissables de lourdes amendes, pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé l'année précédente par les entreprises impliquées. Le texte complet de l'article 81 est joint à l'annexe II.

(b) Application de l'article 81

Pour que des accords, décisions ou pratiques soient jugés contraires au paragraphe 81(1), deux éléments doivent être présents :

- il doit être démontré qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres;
- ils doivent avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Comme nous l'avons vu, l'interdiction prévue à l'article 81 peut jouer si l'accord a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Ainsi, lorsque des parties passent un accord dont l'objet est de restreindre ou de fausser la concurrence, celui-ci tombe sous le coup du paragraphe 81(1) sans égard à son effet sur la concurrence. En corollaire, les accords qui ont pour effet de fausser la concurrence sont interdits quelle que soit l'intention des parties. Cette interprétation a été confirmée par la Cour européenne

de justice dans l'arrêt *Société technique minière c. Machinenbau Ulm GmbH*[10], qui a statué que la conjonction « ou », dans l'expression « pour objet ou pour effet » a une valeur disjonctive, de sorte qu'il faut d'abord examiner quel est le but de l'accord et que, s'il est clair qu'il a pour fin de porter atteinte à la concurrence, l'examen de ses effets n'est plus nécessaire. La méthode utilisée pour établir l'objet et l'effet d'un accord au sens du paragraphe 81(1) est décrite ci-dessous.

(c) Objet de l'accord

La Cour européenne de justice a confirmé que le mot « objet » ne désigne pas l'intention subjective des parties, mais plutôt le but de l'accord tel qu'il se dégage de son libellé, pris dans son contexte d'application[11]. Cette interprétation a comme conséquence intéressante d'entraîner l'application potentielle d'un critère quasi *per se* pour certaines ententes restreignant manifestement la concurrence, tels les accords non déguisés de fixation de prix. La Commission a indiqué, dans les *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*[12] :

> Dans certains cas, la nature de la coopération indique d'emblée que le paragraphe 81(1), est applicable. Tel est le cas des accords qui ont pour objet de restreindre la concurrence par la fixation des prix, la limitation de la production ou encore la répartition des marchés ou des clients. Ces accords sont présumés produire des effets négatifs sur le marché. **Il n'est donc pas nécessaire d'examiner leurs effets réels sur la concurrence et le marché pour établir qu'ils tombent sous le coup du paragraphe 81(1).**
>
> ...
>
> **Une autre catégorie d'accords peut être considérée d'emblée comme tombant généralement sous le coup du paragraphe 81(1). Il s'agit des accords de coopération qui ont pour objet de restreindre la concurrence en fixant les prix, en limitant la production ou en répartissant les marchés ou la clientèle.** Ces restrictions sont considérées comme les plus dangereuses, car elles ont une incidence directe sur le résultat du jeu de la concurrence. La fixation des prix et la limitation de la production ont comme conséquence directe que les utilisateurs paient des prix plus élevés ou ne disposent pas des quantités souhaitées. La répartition des marchés ou des clients réduit le choix des utilisateurs et, partant, se traduit aussi par des prix plus élevés ou une réduction de la production. **Ces coopérations sont donc présumées produire des effets négatifs sur le**

---

10 [1966] CCE 235, [1966] CMLR 357 (CJCE) [ci-après *Machinenbau Ulm*].

11 *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, [1984] CCE 1679; [1985 1 CMLR 688, aux par. 25 et 26.

12 Lignes directrices, précitées, note 4.

> **marché et sont, par conséquent, presque toujours interdites**[13] [sans gras dans l'original].

La Commission peut simplement présumer que ces types d'accords ont pour objet de réduire la concurrence et qu'en conséquence il n'y a pas lieu de prendre en considération leur effet véritable sur la concurrence. Dans son 10e rapport annuel, la Commission a exprimé l'opinion selon laquelle les accords de fixation des prix appartiennent à la catégorie des violations manifestes de cette disposition [par. 81(1)] pour lesquelles il ne saurait y avoir d'exemption [en vertu du par. 81(3)] parce qu'elles ne procurent absolument aucun avantage aux consommateurs[14]. Malgré ce que laisse entendre cette affirmation générale, on ne saurait toutefois dire que l'article 81 énonce une interdiction *per se* complète, même à l'égard de tels accords de fixation des prix. En effet, les ententes tombant sous le coup du paragraphe 81(1) (même les accords non déguisés de fixation des prix) peuvent toujours remplir les conditions nécessaires pour bénéficier d'une exemption prévue au paragraphe 81(3) en fonction de leurs avantages proconcurrentiels, ce qui ne serait pas le cas, par exemple, pour les ententes visées par les interdictions *per se* découlant implicitement de l'article 1 de la *Sherman Act*. De fait, la Commission est disposée à tolérer des pratiques restrictives en matière de prix lorsqu'elles sont jugées essentielles dans les circonstances et qu'elles n'entraînent pas l'élimination de la concurrence[15]. Le Tribunal de première instance a décrit cette conception de l'article 81 dans l'arrêt *European Night Services c. Commission* :

> Le Tribunal, avant d'examiner les arguments des parties quant au bien-fondé de l'analyse de la Commission concernant les restrictions de la concurrence, rappelle à titre liminaire que l'appréciation d'un accord au titre de l'article 81, paragraphe 1, du traité doit tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné, ... **à moins qu'il ne s'agisse d'un accord comportant des restrictions patentes de la concurrence comme la fixation des prix, la répartition du marché ou le contrôle des débouchés ... En effet dans ce dernier cas, ce n'est que dans le cadre de l'article 81, paragraphe 3, du traité que de telles restrictions peuvent être mises en balance avec leurs effets prétendument favorables à la**

---

13 *Ibid.*, aux par. 18 et 25.

14 Accessible en ligne à l'adresse : http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#ports.

15 Par exemple, la Commission a, dans le Règlement 4056/86, établi une exemption catégorielle visant certaines conférences maritimes. Voir également *Eurochèque : Accord d'Helsinki*, JO [1992] 95/50.

concurrence, en vue de l'octroi d'une exemption de l'interdiction contenue au paragraphe 1 du même article[16].

(d) Effet de l'accord

Lorsqu'on ne peut conclure que l'accord a pour objet de restreindre la concurrence, il devient essentiel d'en examiner les effets, ce qui nécessite l'analyse complète du marché dans lequel il sera mis en oeuvre. Il faut plus particulièrement tenir compte, comme l'a décidé le Tribunal de première instance dans l'affaire *European Night Services*, du « cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné ». Le Tribunal a en outre signalé, dans cette décision, que l'examen prescrit des conditions de la concurrence devait reposer non seulement sur la concurrence existante entre les entreprises du marché pertinent mais également sur la concurrence potentielle, parce qu'il fallait « savoir si, compte tenu de la structure du marché et du contexte économique et juridique régissant son fonctionnement, il existe des possibilités réelles et concrètes que les entreprises concernées se fassent concurrence entre elles, ou qu'un nouveau concurrent puisse entrer sur le marché en cause et concurrencer les entreprises établies »[17].

(e) Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 à la coopération horizontale

Comme nous l'avons vu, la Commission a préparé des lignes directrices expliquant le cadre analytique qu'elle applique pour l'examen de nombreuses formes de coopération horizontale[18]. Elle y reconnaît que ce type de coopération peut créer des problèmes de concurrence, lorsque les parties s'entendent, par exemple, pour fixer les prix ou la production ou se répartir les marchés, ou encore lorsque cette coopération permet aux parties de maintenir, d'acquérir ou de renforcer une puissance commerciale. Elle reconnaît également, toutefois, que la plupart des accords de coopération horizontale n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence et qu'il est alors nécessaire d'analyser les effets de chaque accord dans son contexte économique[19].

La Commission souligne, dans les Lignes directrices, que les accords conclus par des parties ne détenant pas une part importante du marché pertinent sont peu susceptibles d'avoir des incidences

---

16 [1998] CCE II - 3141, [1998] 5 CMLR 138, au par. 136 (CJCE) [ci-après *European Night Services*] [sans gras dans l'original].

17 *Ibid.*, au par. 137.

18 Lignes directrices, précitées, note 5.

19 *Ibid.*, au par.19.

restrictives[20]. En plus de la puissance commerciale, la Commission examinera l'indice de concentration dans le marché pertinent, les barrières à l'entrée et la probabilité d'autres entrées sur le marché, la puissance compensatrice des acheteurs/fournisseurs ainsi que la nature des produits[21]

Les Lignes directrices décrivent également de façon explicite le traitement réservé à des accords qui ne sont peut-être pas interdits par l'article 81, comme les accords de recherche et de développement[22], les accords de production[23], les accords de spécialisation (où les parties consentent unilatéralement ou réciproquement à cesser de fabriquer un produit et à l'acheter à l'autre partie)[24], les accords de sous-traitance (où une partie confie à une autre la fabrication d'un produit)[25], les accords d'achats groupés[26], les accords de normalisation[27], les accords environnementaux[28], etc. Une copie des Lignes directrices est jointe à l'annexe III.

(f) Article 81 et règle de la raison

Malgré ces tentatives de limiter l'application de l'article 81, la Commission s'est souvent fait accuser de donner une interprétation extrêmement large au paragraphe 81(1)[29]. Certains critiques ont fait valoir qu'une grande partie de l'analyse des avantages proconcurrentiels d'un accord effectuée en vertu du paragraphe 81(3) devrait relever plutôt du paragraphe 81(1) et viser à déterminer si l'accord restreint effectivement la concurrence[30]. Comme nous le verrons plus loin, le processus d'exemption établi au paragraphe 81(3) s'accompagne de délais considérables et entraîne des coûts importants pour les parties. Par conséquent, l'interprétation large du

---

20 *Ibid.*, au par. 20.

21 *Ibid.*, au par. 30.

22 *Ibid.*, à la section 2.

23 *Ibid.*, à la section 3.

24 *Ibid.*, au para. 79.

25 *Ibid.*, au par. 80.

26 *Ibid.*, à la section 4.

27 *Ibid.*, à la section 6.

28 *Ibid.*, à la section 7.

29 Voir notamment : Peter Freeman et Richard Whish (éd.), *Butterworths Competition Law* (2000), au par. 188 [ci-après *Butterworths*]; A. Jones, *EC Competition Law* (2001), au par. 1-065 ; Alexander Schaub, « EC Competition System - Proposals for Reform », (1999) 22 Fordham Int'l L.J. 853, à la p. 880.

30 Voir Jones, précité, note 29, au par. 1-068.

paragraphe 81(1) peut avoir pour effet de décourager les parties de s'engager dans des accords potentiellement bénéfiques.

Les désavantages de l'interprétation libérale du paragraphe 81(1) ont incité certains critiques à recommander que la Commission adopte plutôt une interprétation fondée sur la règle de la raison[31]. Comme on le verra plus en détail dans la section du présent document consacrée à la *Sherman Act*, l'application de la règle de la raison suppose la mise en balance des aspects pro et anticoncurrentiels de l'accord. Si cette recommandation était adoptée, moins d'accords tomberaient sous le coup du paragraphe 81(1).

On trouve dans la jurisprudence de l'Union européenne des appuis limités concernant l'adoption de l'analyse fondée sur la règle de la raison relativement au paragraphe 81(1). Par exemple, la Cour européenne de justice a statué, dans l'arrêt *Maschinenbau Ulm* qu'une clause d'exclusivité consentie à un distributeur ne contrevenait pas au paragraphe 81(1) lorsqu'elle constituait un élément essentiel de la décision du distributeur de commercialiser les produits d'un fournisseur déterminé. De plus, l'avocat-général Roemer a affirmé ce qui suit, dans l'arrêt *Etablissements Consten and Grundig c. CEE* :

> [TRADUCTION]
> Ensuite, j'ai déjà indiqué dans une autre affaire que le droit américain (l'affaire *White Motor*) exige, dans les cas de cette nature, un examen complet des répercussions économiques. Je ne veux certainement pas dire par là que nous devons imiter en tous points les principes de la procédure américaine applicable en matière de cartel. Les différences fondamentales séparant les deux régimes (interdiction *per se* dans le droit américain; possibilité d'exemption en vertu du paragraphe 85(3) du Traité CE) s'y opposent en effet, mais il est utile de se reporter au régime américain dans la mesure où il montre qu'il est également impossible, à l'égard du paragraphe 85(1), de ne pas étudier le marché de façon concrète. Il serait erroné, selon moi, de ne procéder à cette étude que pour l'application du paragraphe 85(3), parce que cette disposition exige un examen dans d'autres perspectives, particulières et différentes. En particulier (comme l'affaire *Société technique minière c. Maschinenbau Ulm GmbH* l'a démontré), **il serait artificiel d'appliquer le paragraphe 85(1) à des situations qui, après un examen plus fouillé, ne seraient pas considérées comme néfastes pour la concurrence, dans le but de leur appliquer une exemption fondée sur le paragraphe 85(3)**[32].

---

31 Schaub, précité, note 29.

32 [1966] CCE 299, à la p. 358 (CJCE) [sans gras dans l'original].

(g) Restrictions accessoires

D'autres auteurs préconisent que la Commission, au lieu d'adopter la méthode de l'analyse fondée sur la règle de la raison, applique plus libéralement la thèse des « restrictions accessoires ». En vertu de cette thèse, les restrictions à la concurrence qui sont objectivement nécessaires pour l'exécution d'un type précis d'accord proconcurrentiel ou pour amener une partie à assumer le risque commercial inhérent à l'accord sont réputées échapper au paragraphe 81(1)[33].

L'exemple classique de restriction accessoire est celui de la clause restrictive comprise dans un contrat de vente d'entreprise. La Cour européenne de justice et la Commission ont toutes deux reconnu que le paragraphe 81(1) ne s'applique pas aux clauses de non-concurrence et autres restrictions à la liberté de commerce des entreprises lorsqu'elles sont imposées dans le cadre de la vente d'une entreprise. La Commission a par exemple statué, dans l'affaire *Reuter/BASF* :

> Il peut être nécessaire, pour mieux garantir la réalisation de l'objet du contrat, d'imposer des obligations contractuelles de non-concurrence, dans les cas où non seulement les biens corporels mais aussi l'achalandage et la clientèle de l'entreprise sont cédés à l'acquéreur. Dans un cas de cette espèce, il faut pouvoir interdire au vendeur de l'entreprise d'attirer à nouveau vers lui son ancienne clientèle, immédiatement après la cession, que ce soit de façon directe ou indirecte, c'est-à-dire en collaborant avec les concurrents de l'acquéreur. À cet égard, respecter l'obligation de non-concurrence ne signifie rien d'autre pour le vendeur que respecter son engagement contractuel de céder la totalité de la valeur commerciale de l'entreprise. Dans ces conditions, l'article 85, paragraphe 1 n'est pas applicable à l'obligation contractuelle de non-concurrence, car une telle application aurait pour effet d'entraver ou même de rendre pratiquement impossible des opérations que l'ordre juridique considère généralement comme légitimes[34].

Au nombre des autres formes de restrictions accessoires reconnues par la Commission figurent les dispositions visant à protéger les droits de franchisés[35], les restrictions imposées à l'égard de licences sur des produits brevetés[36] et les dispositions applicables à des produits nécessitant des mesures de distribution exclusives et sélectives[37].

---

33 Schaub, précité, note 28.

34 J.O. L254/40, [1976] 2 C.M.L.R., D56-57.

35 *Pronuptia*, [1986] CCE 353, [1986] 1 C.M.L.R. 414.

36 *Buroughs/Geha*, J.O. L13/53, [1972] 2 C.M.L.R. D127.

37 Décision n° 85/616/CEE, [1988] 4 C.M.L.R. 461.

En 1990, la Commission a publié une Communication au sujet de l'application de la théorie des restrictions accessoires dans le contexte de l'examen des fusionnements. La Communication définissait ainsi les restrictions admissibles :

> Les « restrictions » visées sont celles convenues entre les parties à l'opération de concentration et limitant leur propre liberté d'action sur le marché. Il ne s'agit pas des restrictions au détriment des tiers. Si de telles restrictions sont une conséquence inévitable de l'opération de concentration elle-même, elles doivent être évaluées avec celle-ci au titre de l'article 2 du règlement. Si, par contre, ces restrictions à l'égard de tiers sont dissociables de l'opération, elles peuvent le Cas échéant devoir faire l'objet d'un examen de compatibilité avec les articles 85 et 86 du traité CEE. [38]

La Communication énonce en outre, aux articles 5 et 6, que ces restrictions doivent être nécessaires :

> Ces restrictions doivent également être « nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration », ce qui signifie que, en leur absence, cette opération ne pourrait pas être réalisée ou ne le serait que dans des conditions plus aléatoires, à des coûts substantiellement plus élevés, dans un délai nettement plus long ou avec des chances de réussite de loin moins sûres. Ceci doit être apprécié de manière objective.
>
> La question de savoir si une restriction répond à ces conditions ne peut recevoir une réponse générale. En ce qui concerne plus particulièrement le caractère nécessaire de la restriction, il convient non seulement de tenir compte de sa nature, mais également de s'assurer, en application de la règle de proportionnalité, que sa durée et son champ d'application matériel et géographique n'excèdent pas lis limites de ce qu'exige raisonnablement la réalisation de l'opération de concentration. Les entreprises, en présence de moyens alternatifs pour atteindre le but légitime poursuivi, doivent donc choisir celui qui est objectivement le moins restrictif pour la concurrence.[39]

(h) La règle *de minimus*

Pour réduire encore davantage la portée du paragraphe 81(1), la Commission a adopté une règle *de minimus* ayant pour effet d'exempter de l'application de cette disposition les ententes

---

38 *Communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration* JO [1990] C203/5, art. 3.

39 *Ibid.*, sections 5 et 6.

n'entraînant pas d'effets substantiels sur la concurrence[40]. L'application de cette règle est expliquée dans la *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 81 paragraphe 1 du Traité instituant la Communauté européenne*[41]. Aux termes de cette théorie, des ententes portant atteinte à la concurrence peuvent quand même être considérées comme exclues de l'application de l'article 81 parce que leur effet sur la concurrence ou sur le commerce inter-États est négligeable. De l'avis de la Commission, de telles ententes ne sont pas visées par l'interdiction des accords restrictifs; seuls sont interdits les accords dont les incidences sur la concurrence sont substantiels.

La Communication renseigne également sur la nature des ententes pouvant être exclues de la portée du paragraphe 81(1) en raison de la part de marché cumulative des parties. Plus particulièrement, la Communication énonce que la Commission n'appliquera pas l'article 81 aux ententes conclues par des entreprises produisant ou distribuant des biens ou fournissant des services, lorsque la part cumulative de marché des parties dans chacun des marchés pertinents n'excède pas les valeurs suivantes :

(a) le seuil de 5 %, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant au même stade de la production ou de la commercialisation (accord horizontal);
(b) le seuil de 10 %, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant à des stades différents de l'économie (accord vertical)[42].

Toutefois, les accords horizontaux ou verticaux pouvant avoir pour effet de fixer les prix, de limiter la production ou les ventes ou de répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ou les accords verticaux assurant une protection territoriale à des entreprises participantes ou à des entreprises tierces pourraient ne pas être exclus de l'application de l'article 81, quelle que soit la part de marché cumulative des parties[43].

La Communication prévoit par ailleurs une exception supplémentaire à l'égard des accords entre petites et moyennes entreprises, lesquelles sont définies comme des entreprises dont les revenus bruts n'excèdent pas 40 millions d'ECUS et qui emploient moins de 250 personnes. Cette exception s'applique sans égard à la part de marché des parties, mais la Commission se réserve le droit de demander des mesures correctives si un grand nombre de petites entreprises sont parties aux ententes et que l'effet cumulatif de ces dernières peut être indûment restrictif[44].

---

40 La théorie *de minimus* a été formulée par la Cour européenne de justice dans l'arrêt *Volk c. Vervaecke*, [1969] CCE 295, [1969] CMLR 273.

41 JO [1997] C 372/13.

42 *Ibid.*, au par. 9.

43 *Ibid.*, au par. 11.

44 *Ibid.*, au par. 19.

(i) L'exemption prévue au paragraphe 81(3)

Malgré les Communications susmentionnées de la Commission et l'application de la théorie des restrictions accessoires, un grand nombre d'ententes continuent de tomber sous le coup de l'interdiction prévue au paragraphe 81(1). L'examen effectué en vertu de l'article 81 cherchera donc principalement à déterminer si l'entente peut bénéficier d'une exemption en vertu du paragraphe 81(3), lequel permet à la Commission de déclarer le paragraphe (1) inapplicable dans certains cas. De façon générale, une exemption peut être accordée lorsque l'entente en cause:

(a) contribue à:

  (i) améliorer la production ou la distribution des produits ou

  (ii) à promouvoir le progrès technique ou économique,

  (iii) tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit

(b) qui en résulte, sans:

  (i) imposer aux entreprises intéressées de restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

  (ii) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Globalement, le paragraphe 81(3) donne à la Commission la possibilité d'exercer avec une grande souplesse son pouvoir discrétionnaire de déterminer si une entente est permissible.

En termes de procédures, l'exemption s'obtient de deux façons : les parties peuvent déposer une « notification » dans laquelle elles demandent une exemption visant une entente particulière ou elles peuvent rédiger l'entente de façon telle qu'elle soit visée par une exemption catégorielle formulée par la Commission. Ces options sont examinées ci-dessous.

La procédure applicable aux exemptions particulières est exposée dans le Règlement 17/62[45] : les parties peuvent demander une exemption en vertu du paragraphe 81(3) en soumettant une notification à la Commission. La Commission, les tribunaux nationaux et les autorités nationales responsables de la concurrence peuvent appliquer le paragraphe 81(1). Aux termes du Règlement 17, toutefois, seule la Commission peut exercer le pouvoir d'accorder des exemptions en vertu du paragraphe 81(3). Ce règlement a donc pour effet de faire de la Commission

---

[45] CEE Conseil: Règlement n° 17/62, JO n° 13, 21-02-1962, à la p. 204.

l'organisme centralisé chargé d'autoriser les exemptions visant des pratiques ou accords contrevenant au paragraphe 81(1).

Le principal avantage du dépôt d'une notification est la suspension de l'application des amendes sanctionnant les violations. En effet, le paragraphe 15(5) du Règlement 17 énonce que les amendes ne peuvent être infligées pour des agissements postérieurs à la notification et antérieurs à la décision finale de la Commission. Toutefois, la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire d'imposer rétroactivement des amendes relativement à des ententes enfreignant clairement le paragraphe 81(1), pour éviter que des parties n'abusent de cette immunité provisoire. Il est donc peu probable qu'une notification visant une entente de fixation des prix ou un autre accord restrictif puisse permettre d'échapper à des amendes.

Malheureusement, il est possible que des parties désireuses de retarder des poursuites intentées devant des tribunaux nationaux en vertu de l'article 81 ou d'y faire obstacle abusent de la procédure de notification. Comme nous l'avons signalé, les tribunaux nationaux ont compétence pour appliquer le paragraphe 81(1) mais non pour octroyer des exemptions sous le régime du paragraphe 81(3). Un tribunal national saisi d'une poursuite pour contravention au paragraphe 81(1) peut donc surseoir à l'instruction de l'affaire jusqu'à ce que qu'il soit statué sur la question de l'exemption; il s'ensuit que les parties poursuivies devant des tribunaux nationaux pourraient soumettre des notifications à des fins exclusivement dilatoires[46].

La plupart des décisions relatives aux notifications déposées en vue d'obtenir une exemption particulière sont rendues de façon informelle au moyen de « lettres administratives de classement » (« comfort letters »)[47]. Ces lettres, qui s'apparentent aux « lettres de non-intervention » du Bureau de la concurrence du Canada, indiquent que le dossier a été fermé, mais sans qu'une décision formelle ne soit rendue. En 1999, seules 68 des 582 affaires closes, l'ont été sur décision formelle, et 514 dossiers ont été fermés de diverses manières informelles[48].

Au lieu de chercher à obtenir une exemption particulière, les parties peuvent rédiger leur entente de façon à ce qu'elle bénéficie d'une exemption catégorielle prévue par la Commission. Il n'est pas nécessaire de soumettre de notification relativement aux ententes visées par une exemption catégorielle, lesquelles sont valides sans avoir à être autorisées par la Commission. En général, les exemptions catégorielles sont structurées de la façon suivante :

(a) clarification des catégories d'ententes ou de pratiques auxquelles l'exemption se rapporte;

---

[46] *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité CE*(1999), à la p. 4 [ci-après Livre blanc sur la modernisation].

[47] *Ibid.*, au par. 34.

[48] Commission européenne, *XXIX*e Rapport sur la politique de concurrence (1999) à la p. 20, accessible en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/ [ci-après, le Rapport].

(b) restrictions souvent acceptables (souvent appelées restrictions de la « liste blanche »;

(c) restrictions qui excèdent la portée de l'exemption (souvent appelées restrictions de la « liste noire »)[49].

Ces exemptions peuvent être retirées par la Commission, et leur durée est limitée. En outre, certaines exemptions catégorielles prévoient une procédure d'opposition suivant laquelle les ententes n'entrant pas dans le champ d'application prévu de l'exemption peuvent faire l'objet d'une notification individuelle. Si la Commission ne s'oppose pas à l'entente dans un délai déterminé (habituellement de 4 à 6 mois), l'entente est réputée jouir d'une exemption[50].

(j) Critique du régime du Traité CE

Comme nous l'avons déjà indiqué, la principale critique élevée au sujet du régime du Traité CE est qu'en raison de l'interprétation large donnée au paragraphe 81(1), des ententes ne risquant pas ou risquant peu de porter atteinte à la concurrence peuvent tomber sous le coup de la disposition. De plus, en vertu du paragraphe 81(2), est réputée nulle et non exécutoire toute entente entrant dans le vaste champ d'application du paragraphe 81(1), à moins qu'elle ne soit visée par une exemption[51]. Il s'ensuit que les parties doivent déposer une notification pour obtenir une exemption particulière ou doivent « adapter » leur entente pour qu'elle satisfasse aux critères d'une exemption catégorielle. De façon plus générale, ce régime oblige les entreprises à soumettre une notification à l'égard d'un grand nombre d'ententes ne soulevant pas de problèmes sérieux de concurrence. La protection provisoire contre les amendes que procure la notification incite aussi les parties à recourir à cette méthode.

Or l'importance du nombre des notifications impose un lourd fardeau administratif à la Commission - pendant la seule année 1999, la Commission a reçu 162 notifications[52] -, d'autant plus qu'en vertu du Règlement 17/62, seule la Commission a le pouvoir d'accorder des exemptions sous le régime du paragraphe 81(3). Reconnaissant l'existence de ces problèmes, la Commission a publié un Livre blanc[53] en 1999, dans lequel elle analysait comment ont pourrait moderniser les règles d'application des articles 81 et 82 du Traité CE. Les commentaires déposés à l'occasion de la consultation publique tenue au sujet du Livre blanc indiquent que

---

49 *Butterworths*, précité, note 29, à I/65.

50 *Ibid.*, à I-179.

51 Mario Siragusa, « The Millenium Approaches: Rethinking Article 85 and the Problems and Challenges in the Design and Enforcement of the EC Competition Rules», (1998) 21 Fordham Int'l L.J. 650, à la p. 660.

52 Rapport, précité, note 48, à la p. 20.

53 Livre blanc sur la modernisation, précité, note 46.

l'insatisfaction suscitée par le régime en place est presque généralisée. Une copie du Livre blanc est jointe à l'annexe IV.

Il a notamment été proposé que la règle de la raison soit incorporée au paragraphe 81(1) pour que plus d'ententes soient autorisées sans que les parties n'aient à demander une exemption sous le régime du paragraphe 81(3)[54]. Les partisans de cette proposition font valoir que le libellé du paragraphe 81(1) se rapproche des termes généraux employés à l'article 1 de la *Sherman Act* et que, par conséquent, il serait possible de reconnaître l'existence implicite de cette règle sans avoir à reformuler la disposition actuelle[55].

Certains auteurs, toutefois, sont contre l'incorporation de la règle de la raison appliquée aux États-Unis au droit de l'Union européenne parce qu'ils la considèrent problématique et difficile à appliquer[56]. Comme la Commission l'a signalé dans son Livre blanc, l'importation de l'analyse fondée sur la règle de la raison dans le paragraphe 81(1) aurait pour effet de rendre le paragraphe 81(3) inopérant[57]. La Commission a également exprimé des réserves au sujet de l'élaboration graduelle de cette méthode d'analyse au moyen de la jurisprudence, comme cela s'est fait pour la définition et le développement de la règle aux États-Unis. On peut lire dans le Livre blanc :

> De plus, il serait hasardeux de faire reposer la modernisation des règles de concurrence sur une évolution de la pratique décisionnelle, sous réserve de confirmation par les juridictions communautaires. Une telle approche rendrait la modernisation dépendante des affaires soumises à la Commission et pourrait demander de nombreuses années. Enfin, cette option risquerait de détourner l'article 85(3) [maintenant l'article 81(3)] de son objet, qui est de fournir un cadre juridique à l'appréciation économique des ententes et non de permettre d'écarter l'application des règles de concurrence en vertu de considérations politiques[58].

Ce n'est pas un point de vue isolé. Dans « EC Competition System - Propositions for Reform », Alexander Schaub, qui était alors directeur général de la DGIV, a écrit, par exemple :

> [TRADUCTION]
> L'adoption de la règle de la raison comporterait comme autre désavantage, que son application, ne pouvant être que graduelle, serait probablement trop lente pour

---

54 Jones, précité, note 29, aux par. 1-068 à 1-070; Schaub, précité, note 29, à la p. 880.

55 Siragusa, précité, note 51, aux p. 664-665.

56 Jones, précité, note 29, au par. 1-071; *Butterworths*, précité, note 29, à I/99-I/103.

57 Livre blanc sur la modernisation, précité, note 46 au par. 57.

58 *Ibid.*

> corriger efficacement les faiblesses du système actuel. En outre, la Commission ne disposerait, dans un tel processus, que de pouvoirs d'orientation limités, puisque l'évolution de la méthode dépend de la confirmation par la Cour de justice, laquelle est difficile à prédire.

Le professeur Alison Jones affirme pour sa part :

> [TRADUCTION]
> Il est possible de prétendre que l'incorporation de la règle de la raison au paragraphe 81(1) entraînerait une plus grande incertitude pour les parties aux ententes, lesquelles devraient, dans chaque cas, entreprendre de complexes évaluations et analyses de marché pour déterminer si leur accord a ou non pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. De plus, le paragraphe 81(1) est une disposition d'application directe, et elle peut donc être appliquée directement par les tribunaux nationaux, et, dans certains États-membres, par les autorités responsables de la concurrence. Or ces entités ne sont peut-être pas aptes à effectuer l'analyse poussée des ententes, en vertu de cette disposition, que réclament certains critiques, sans compter qu'existe, à tout le moins, le danger que l'analyse diffère d'un État à l'autre[59].

Compte tenu de l'opposition à l'application de l'analyse fondée sur la règle de la raison dans le cadre du paragraphe 81(1), deux options de réforme fondamentalement divergentes s'offraient aux législateurs de l'Union européenne : l'adoption d'un régime modifié d'autorisation (c.-à-d. d'un système modifié de notification) ou l'adoption d'une exception d'application directe (c.-à-d. une exemption applicable sans notification ou autorisation administrative préalable).

Les auteurs qui ont étudié la question de savoir s'il fallait abolir le régime de notification et d'autorisation ont relevé au moins cinq désavantages du régime de notification actuellement appliqué en vertu du paragraphe 81(3) :

(i) en raison du nombre élevé de notifications reçues et du temps considérable qu'elle doit consacrer à leur examen, la Commission n'est pas en mesure de concentrer ses ressources limitées sur la répression des pratiques restrictives les plus importants;

(ii) l'expérience enseigne que les notifications ne révèlent pas de menaces sérieuses à la concurrence comme les cartels, lesquels ne font presque jamais l'objet d'une notification; en fait, l'examen des notifications accapare des ressources qui pourraient être consacrées à des enquêtes sur de telles pratiques;

---

[59] Jones, précité, note, 29 au par. 1-071.

(iii) à cause du fardeau administratif imposé par les notifications, la Commission est incapable de répondre avec diligence aux parties;

(iv) les notifications requises sont coûteuses à préparer, ce qui peut décourager les parties de conclure des alliances ou des ententes potentiellement bénéfiques, en particulier lorsqu'il s'agit de petites ou de moyennes entreprises;

(v) il est possible que des parties utilisent le système de notification pour empêcher ou retarder l'institution de poursuites devant les tribunaux nationaux en vertu de l'article 81[60].

La Commission elle-même a explicitement reconnu les lacunes susmentionnées du régime de notification. Dans un document récent proposant des modifications à apporter au Règlement 17, la Commission a déclaré :

> Le monopole de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, entrave considérablement l'application efficace des règles par les autorités de concurrence des États membres et des juridictions nationales dans ce domaine. ... En outre, le système de notification ne contribue plus efficacement à la protection de la concurrence. Il ne révèle que rarement des cas constituant une réelle menace pour la concurrence. En fait, ce système fait obstacle à ce que les moyens dont dispose la Commission soient utilisés pour détecter et sanctionner les infractions graves[61].

En fait, au cours des quarante années ayant suivi la prise du Règlement 17, seulement neuf décisions d'interdiction visant des ententes ayant fait l'objet d'une notification ont été rendues sans qu'une plainte ne soit formulée. La Commission a également reconnu que le régime de notification pesait lourd sur l'industrie, en particulier sur les petites et moyennes entreprises :

> La seconde lacune du système actuel est qu'il impose des contraintes excessives aux entreprises, en ce qu'il accroît les coûts qu'elles doivent assumer pour s'y conformer, et qu'il ne leur permet pas de faire exécuter les accords qu'elles ont passés lorsque ceux-ci n'ont pas été notifiés à la Commission, et ce même si les accords en question satisfont aux conditions de l'article 81, paragraphe 3. Cette situation est particulièrement préjudiciable aux petites et moyennes entreprises,

---

[60] Livre blanc sur la modernisation, précité, au par. 44; voir également *White Paper on the Reform of Regulation 17 - Summary of the Observations* (Document DG 29.02.2000) [ci-après White Paper on Reform]; Siragus, précité, note 51, aux p. 657 à 664.

[61] *Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87* (CNS) (27.9.2000), à la p. 2.

qui peuvent être désavantagées par rapport à leurs concurrents de plus grande taille en raison des coûts de notification ou, en l'absence de notification, des difficultés rencontrées pour faire exécuter leurs accords[62].

Le système offre par ailleurs des avantages, dont les suivants :

(i) il a permis à la Commission d'élaborer une jurisprudence cohérente constituée des décisions formelles accordant ou refusant des exemptions;

(ii) le système centralisé d'autorisation a permis l'application uniforme des règles de la concurrence dans tous les pays de l'UE;

(iii) la décision de la Commission en matière d'exemption procure aux parties une certitude juridique;

(iv) le régime de notification et d'autorisation est extrêmement souple, et il permet en principe à la Commission d'accorder des exemptions à l'égard d'ententes qui semblent à première vue contrevenir au paragraphe 81(1).

Malgré ces avantages, la Commission a explicitement soutenu la proposition d'abolition du système actuel de notification et d'autorisation établi pour l'application du paragraphe 81(3). Si le projet de règlement du Conseil proposé pour mettre en oeuvre les articles 81 et 82 du Traité est accepté, il donnera naissance à un nouveau régime où le pouvoir d'application du paragraphe 81(3) n'appartiendra plus exclusivement à la Commission. Les tribunaux nationaux et les autorités responsables de la concurrence dans chaque pays auront eux aussi compétence pour faire appliquer l'interdiction énoncée au paragraphe 81(1) ainsi que les exceptions prévues au paragraphe 81(3). Ce nouveau système, en donnant aux autorités responsables de la concurrence et aux tribunaux de chaque pays le pouvoir d'appliquer intégralement les articles 81 et 82, devrait se traduire par une application plus efficace des règles communautaires de la concurrence[63]. L'abolition du système de notification permettra en outre à la Commission, de mettre l'accent sur les plaintes et sur les poursuites qui relèvent de sa propre initiative. La réforme investirait également les représentants de la Commission de pouvoirs d'enquête accrus[64].

Au cours du processus de consultation tenu au sujet du Livre blanc, des participants ont exprimé la crainte que la certitude juridique associée à l'application du régime actuel de notification et d'autorisation ne disparaisse avec lui. Aux termes du projet de Règlement du Conseil, seraient réputées valides et exécutoires toutes les ententes satisfaisant aux conditions du paragraphe 81(3) sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir une autorisation de la Commission ou d'un tribunal. Il est

---

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*, à la p. 6.

64 *Ibid.*, à la p. 7.

possible toutefois, même si les critères applicables sont établis au préalable par la jurisprudence ou par des lignes directrices, que des parties aient de la difficulté à déterminer si une entente donnée est visée par l'article 81. Ainsi que le signale le Livre blanc, au paragraphe 77 : « les parties doivent procéder elles-mêmes à l'appréciation de la compatibilité de leurs ententes avec le droit communautaire, à la lumière des textes en vigueur et de la jurisprudence ».

Monsieur Richard Whish a décrit ainsi l'érosion de la certitude que l'abolition du régime de notification et d'autorisation pourrait entraîner :

> [TRADUCTION]
> Les propositions du Livre blanc sont radicales, et la renonciation volontaire de la Commission au monopole qu'elle exerce sur l'octroi des exemptions sous le régime du Règlement 17/62 en est à certains égards l'aspect le plus radical. Pour les entreprises et leurs conseillers, toutefois, la disparition du système de notification et d'autorisation constitue peut-être la caractéristique la plus importante des propositions. Le problème du système existant provient de ce qu'il faut, pour la plupart des ententes, notifier la Commission pour obtenir une exemption individuelle, mais que **cette dernière n'a ni le personnel ni les ressources pour examiner le grand nombre d'ententes qu'elle reçoit**. C'est certes une lacune, mais au moins le système offre la possibilité à ceux qui le veulent de recourir à la notification. Suivant les propositions présentées dans le Livre Blanc, la Commission abolira purement et simplement le système. Il ne sera plus du tout possible de donner de notification : on ne pourra donc plus envoyer le formulaire A/B à la Commission et se reposer, de ce fait, sur la garantie, à tout le moins relative, de ne pas être condamné à une amende.
>
> Si la proposition d'abandon de la notification est retenue, cela posera de graves difficultés aux entreprises et à leurs conseillers. La situation ressemblera alors beaucoup plus à ce qui se passe aux États-Unis, où les entreprises doivent davantage compter sur elles-mêmes[65].

Pour dissiper ces craintes, la Commission s'est engagée à présenter des exemptions catégorielles et des lignes directrices qui faciliteront l'application des règles. Elle a également fait remarquer que le nombre accru de décideurs participant à l'application du paragraphe 81(3) fera progresser plus rapidement la jurisprudence et la pratique relatives à l'interprétation de cette disposition.

---

[65] Richard Whish, *EC Competition Law* (2001), aux par. 2-095 à 2-090 [sans gras dans l'original].

(k) Situation dans certains pays de l'Union européenne

Les dispositions susmentionnées s'apparentent aux dispositions appliquées dans les divers pays de l'Union. En Allemagne, la Loi sur les pratiques restreignant la concurrence[66] énonce une interdiction générale analogue au paragraphe 81(1). L'article 1 prévoit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Sont interdites les ententes entre entreprises en concurrence, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Contrairement au Traité CE, toutefois, la loi allemande prévoit diverses exceptions à l'interdiction générale, visant notamment les ententes ayant simplement pour but l'application uniforme de normes ou de modalités générales de commerce, de livraison ou de paiement.

Par exemple, l'article 3 énonce une exemption visant les « cartels de spécialisation » :

> [TRADUCTION]
> Les ententes et les décisions ayant pour objet la rationalisation des activités économiques par la spécialisation peuvent être exemptées de l'interdiction énoncée à l'article 1 à la condition que la restriction de la concurrence n'entraîne pas la création ou la consolidation d'une position dominante.

L'article 4 formule une exemption à l'égard des ententes entre petites ou moyennes entreprises visant à rationaliser leurs activités économiques, lorsqu'elles ne portent pas sensiblement atteinte à la concurrence et qu'elles améliorent la compétitivité.

En plus de prévoir des exemptions pour les « cartels de rationalisation » et les « cartels de crise structurelle », l'article 7 formule l'exemption générale suivante :

> [TRADUCTION]
> Les ententes et les décisions qui contribuent à l'amélioration du développement, de la production, de la distribution, de l'approvisionnement, de la récupération ou du retrait de produits ou de services tout en assurant aux consommateurs une part équitable des avantages en découlant peuvent être exemptées de l'interdiction énoncée à l'article 1, à la condition que les parties ne puissent parvenir autrement à cette amélioration, que l'importance de celle-ci soit suffisante pour justifier la restriction consécutive de la concurrence et que cette restriction n'entraîne pas la création ou la consolidation d'une position dominante.

---

[66] GWB-Übersetzung, Endfassung 09.03.1999 BkasrtA.

> Les ententes et les décisions ayant pour objet la rationalisation des activités économiques par la spécialisation ou par d'autres moyens, l'achat groupé de produits ou de services ou l'application uniforme de modalités peuvent être exemptées de l'interdiction énoncée à l'article 1 ...

Comme c'est le cas en application du régime communautaire, les parties à une entente désireuses d'obtenir une exemption doivent soumettre une notification à l'organisme responsable de la concurrence. Il existe également, à l'égard de certaines ententes, une procédure d'opposition analogue à celle du régime communautaire en vertu de laquelle les ententes jouiront d'une exemption et acquerront un caractère exécutoire à moins que l'organisme responsable de la concurrence n'élève une opposition dans les trois mois suivant la réception de la notification. Pour d'autres types d'ententes, comme les cartels de crise structurelle, l'octroi d'exemptions procède de décisions de l'organisme responsable de la concurrence.

La loi italienne instituant le régime antitrust nous donne un autre exemple de textes législatifs appliqués dans les pays de l'Union européenne. L'article 2 de la Loi n° 287 du 10 octobre 1990[67] interdit les ententes restreignant la libre concurrence de la même façon que le fait le paragraphe 81(1) du Traité CE :

> [TRADUCTION]
> 1. Sont des ententes les accords ou pratiques concertées entre entreprises ainsi que les décisions, même les décisions prises conformément à leurs statuts constitutifs ou règlements administratifs prises par des consortiums, des associations d'entreprises et des entités similaires.
>
> 2. Sont interdites les ententes entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser sensiblement la concurrence dans le marché national ou dans une partie importante du marché national, notamment les ententes qui consistent à :
>
> *a)* fixer directement ou indirectement les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions contractuelles;
>
> *b)* limiter ou contrôler la production, les débouchés ou l'accès au marché, l'investissement, le développement technique ou le progrès technologique;
>
> *c)* répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;

---

[67] Accessible en ligne à http://www.agcm.it/AGCM_ENG/NORMATIV/E_NORMNA.NSF/09b5eea8ea4739cec12564d1004837ee/d9221ec1a3ef3879802564a30066bc40?OpenDocument.

d) appliquer à d'autres partenaires commerciaux des conditions inégales à des transactions équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage concurrentiel injustifiable;

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

3. Les ententes interdites sont nulles.

De la même façon, l'article 4 de cette loi prévoit des exemptions correspondant à celles qu'énonce le paragraphe 81(3) :

> [TRADUCTION]
> 1. L'Autorité peut autoriser, pour une période limitée, des ententes ou catégories d'ententes interdites par l'article 2, lorsqu'elles ont pour effet d'améliorer les conditions de l'offre dans le marché et de procurer aux consommateurs des avantages considérables. L'existence de ces améliorations est déterminée en fonction de l'augmentation de la production, de l'amélioration de la qualité de la production ou de la distribution et du progrès technique, en tenant également compte de la nécessité de garantir aux entreprises le niveau nécessaire de compétitivité internationale. L'exemption ne peut autoriser de restrictions qui ne sont pas strictement nécessaires pour les fins du présent paragraphe et ne peut avoir pour effet d'éliminer la concurrence dans une partie substantielle du marché.
>
> 2. L'Autorité peut révoquer l'exemption, après avoir donné avis de son intention, lorsque les parties en cause en abusent ou lorsqu'une des conditions ayant fondé son octroi a cessé d'exister.
>
> 3. La demande d'exemption est présentée à l'Autorité, laquelle peut exercer, pour y donner suite, les pouvoirs d'enquête prévus à l'article 14. L'autorité rend sa décision dans les 120 jours suivant le dépôt de la demande.

Fait intéressant, même si le texte de l'article 2 de la loi italienne s'apparente à celui du régime communautaire, l'autorité antitrust italienne a interprété cette disposition comme si elle incluait implicitement une forme de règle de la raison. On peut lire dans un rapport annuel de l'Autorité[68] que, conformément à la démarche suivie par l'Union européenne, il n'est pas nécessaire en général, lorsqu'une entente est jugée poursuivre un objet restrictif, d'évaluer ses effets pour établir qu'il y a infraction au paragraphe 2(2), car les conditions sont disjonctives. Toutefois, le rapport ajoute les considérations suivantes :

---

[68] *Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, Relazione Annuale Sull'attivita Svolta*(1994), à la p. 129.

[TRADUCTION]
Une réserve s'impose, cependant. ... On ne peut écarter qu'il puisse être nécessaire, même si l'objet de l'entente est jugé restrictif, d'analyser ses effets comme indicateurs possibles de la nature restrictive de l'entente relativement à la structure du marché pertinent. Les effets d'une entente peuvent devenir pertinents pour l'établissement de possibles facteurs externes qui doivent être pris en considération dans l'évaluation globale, en particulier dans l'appréciation de l'entente. Suivant la jurisprudence de la Cour de justice, il convient d'évaluer les effets d'une entente en fonction de son contexte juridique et économique. Il faut, en conséquence, examiner comment auraient évolué les relations dans le marché en l'absence de l'entente en cause. Il faut en outre évaluer l'entente par rapport aux ententes similaires existant dans le même marché. Lorsque l'examen des effets d'une entente semble nécessaire, il devient alors indispensable de procéder à une analyse économique du marché, en tenant compte d'éléments comme l'existence de droits de propriété intellectuelle, le degré actuel de concurrence et la réaction des concurrents aux effets de l'entente[69].

(l) Conclusion relativement aux régimes appliqués dans l'Union européenne

Les régimes adoptés en vertu du Traité CE et des lois susmentionnées de pays de l'Union européenne comportent un certain nombre d'avantages. L'interprétation large du paragraphe 81(1) et des dispositions correspondantes des lois nationales assure l'application du régime à toutes les formes d'ententes horizontales anticoncurrentielles, dont la fixation des prix et d'autres ententes injustifiables. Pour empêcher que l'interdiction générale énoncée au paragraphe 81(1) ne dissuade les parties de conclure des ententes pouvant favoriser la concurrence, le paragraphe 81(3) donne à la Commission un vaste pouvoir discrétionnaire en matière d'octroi d'exemptions.

Si l'interprétation large et libérale de l'article 81 comporte des avantages, elle constitue aussi la plus grande faiblesse du régime. Étant donné sa grande portée, le paragraphe 81(1) s'applique même à des ententes qui ont peu d'effets anticoncurrentiels voire aucun. En vertu du paragraphe 81(2), en outre, les ententes tombant sous le coup de l'interdiction générale du paragraphe 81(1) sont nulles de plein droit, à moins qu'une exemption particulière ne soit obtenue ou que des exemptions catégorielles ne soient applicables. L'industrie et la Commission s'en remettent donc beaucoup au régime de notification et d'exemption prévu au paragraphe 81(3), une situation qui a comme conséquence pratique de cantonner la Commission dans un rôle réactif : donner suite aux notifications émanant des intervenants commerciaux, alors qu'elle pourrait jouer un rôle proactif en concentrant ses efforts et ses ressources à la répression des conduites faussant substantiellement le jeu de la concurrence, comme les ententes injustifiables, lesquelles ne font presque jamais l'objet de notifications. De plus, la longueur excessive du traitement des notifications érode la certitude juridique que peut procurer le processus d'exemption. Enfin, le coût élevé lié aux notifications rend cette procédure peu abordable, en particulier pour les petites

---

[69] *Ibid.*, à la p. 129.

et moyennes entreprises. Il peut donc globalement en résulter que des parties pourraient préférer ne pas conclure d'alliances stratégiques potentiellement bénéfiques pour la concurrence si elles ne sont pas strictement couvertes par des exemptions catégorielles. Comme l'ont signalé Presley Warner et Michael Trebilcock :

> [TRADUCTION]
> La simple existence d'un système d'autorisation n'est peut-être pas suffisant pour encourager les parties à conclure des accords potentiellement proconcurrentiels, car elles peuvent craindre de s'engager dans des ententes pouvant tomber sous le coup de l'interdiction si elles doivent se soumettre à une lourde procédure pour éviter d'être passibles de sanctions ... le mécanisme doit être simple d'application et procurer une certitude juridique aux parties[70].

La proposition d'abolition du régime de notification et d'autorisation, telle qu'elle est exposée dans le projet de Règlement susmentionné, réduira certainement le fardeau administratif qui pèse sur la Commission et abaissera les coûts pour les administrés. Toutefois, ces avantages s'obtiennent au prix d'une certitude juridique moindre. Comme dans le modèle américain, les parties devront s'en remettre à leur propre évaluation de la conformité de leur entente aux dispositions de l'article 81.

Il importe de souligner que contrairement à d'autres régimes examinés dans le présent document, celui de l'Union européenne emploie un système de notification à voie unique. La notification tient donc une place importante et, de ce fait, prête le flanc aux abus. Comme il en sera question plus loin, on diminuerait considérablement le nombre de notifications si on restreignait cette procédure aux seules ententes visées par des interdictions *per se*. De la même façon, en rendant toutes les ententes - et non seulement les ententes illégales *per se* - inexécutoires en cas de défaut de notification, on oblige les parties à déposer des notifications à l'égard d'ententes qui risquent peu de faire l'objet d'une opposition de la part des autorités responsables de la concurrence.

VI. LES ÉTATS-UNIS

L'article 1 de la *Sherman Act*[71] interdit les contrats, les coalitions et les complots (collectivement : les ententes) restreignant les échanges ou le commerce entre des États ou avec des nations étrangères. Ceux qui contreviennent à cette disposition peuvent être poursuivis devant des tribunaux civils ou criminels. Les poursuites criminelles - relevant exclusivement du Département de la justice (DJ) - ne sont intentées que pour les infractions *per se* classiques. Il s'agit alors d'actes criminels rendant leurs auteurs passibles d'amendes maximales de 10 millions

---

70 Presley, L. Warner et Michael J. Trebilcock, « Rethinking Price-Fixing Law » (1993) 38 McGill L.J. 679, à la p. 710 [ci-après Warner *et al.*].

71 15 U.S.C. § 1.

de dollars, si ce sont des personnes morales et de 350 000 $ dans le cas des autres défendeurs[72]. Les personnes physiques peuvent également être condamnées à une peine maximale d'emprisonnement de trois ans.

Dans les poursuites civiles, il peut y avoir trois types de demandeurs possibles : le DJ, la Commission fédérale du commerce (CFC) (collectivement, les organismes antitrust) et les demandeurs privés. Le DJ peut demander le prononcé d'une injonction interdisant l'entente ou il peut déposer une demande pour la faire modifier[73]. Il peut également obtenir des dommages-intérêts triples si c'est le gouvernement américain qui s'est procuré les produits ou services en cause[74]. Les demandeurs privés peuvent aussi demander des injonctions[75] ou poursuivre en dommages-intérêts triples[76]. Dans les actions privées, une condamnation antérieure prononcée à l'issue d'une poursuite criminelle connexe peut servir de preuve *prima facie* du délit civil allégué[77]. Enfin, la CFC peut instituer des poursuites civiles en vertu de l'article 5 de la *Federal Trade Commission Act*[78] (concurrence déloyale) visant des ententes contrevenant à l'article 1[79].

De façon générale, c'est la nature de l'entente en cause qui détermine si le DJ intentera une poursuite civile ou criminelle.

[TRADUCTION]

---

72 Voir Gary R. Spratling, « The Trend Toward Higher Corporate Fines: It's a Whole New Ball Game », dans *National Institute on White Collar Crime Presented by the ABA's Criminal Justice Section*(mars 1997) au sujet du calcul des amendes en vertu des *Sentencing Guidelines*. Fait notable, la norme du [TRADUCTION] « double des gains/double des pertes » établie dans 18 U.S.C. § 3571(d) a été appliquée avec succès pour imposer à des défendeurs des amendes supérieures au maximum de 10 millions de dollars prévu par la *Sherman Act*. Il s'agit d'une norme prévoyant [TRADUCTION] « une autre amende maximale pour les violations antitrust, [équivalant à] deux fois les gains bruts tirés du crime [c.-à-d. les gains totaux réalisés par toutes les personnes par suite de l'infraction] ou à deux fois les pertes brutes [c.-à-d. les pertes totales subies par toutes les personnes autres que le défendeur par suite de l'infraction] causées*par le cartel non par le défendeur* », Spratling, précité, à la p. 5. [sans italique dans l'original]

73 Voir 15 U.S.C. §§ 4,25.

74 Voir § 4A de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15a.

75 Voir la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 26. Les demandeurs doivent établir qu'ils risquent de subir une perte ou un préjudice. Voir p. ex. *Hawaii v. Standard Oil Co. of California*, 405 U.S. 251, aux p. 260 à 264 (1972).

76 Voir § 5(a) de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15. Les demandeurs doivent démontrer qu'ils ont qualité pour agir et qu'ils ont subi un préjudice réel par suite de la présumée violation antitrust. Voir également 54 Am Jur. 2d, *Monopolies, Restraints of Trade and Unfair Trade Practices* (1996), §50.

77 Voir § 4(a) de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15.

78 15 U.S.C.S. §§ 41 et ss.

79 Voir Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 699 pour une étude plus approfondie de l'application du droit antitrust par la CFC.

> La politique actuelle de la Division antitrust est d'entreprendre des enquêtes et des poursuites criminelles dans les cas d'ententes horizontales illégales *per se* comme les accords de fixation de prix, de truquage d'offres et de répartition de clientèles et de territoires. Pour les autres violations antitrust présumées, notamment celles qui nécessitent une analyse fondée sur la règle de la raison de même que quelques infractions traditionnellement qualifiées de *per se* par les tribunaux, c'est un examen de nature civile qu'on effectue, suivi, au besoin de poursuite civile[80].

Dans certaines situations, cependant, il se peut que les enquêtes ou les poursuites criminelles soient exclues même si l'entente semble illégale *per se*.

> [TRADUCTION]
> Il peut notamment s'agir d'affaires dans lesquelles : (1) le droit est ambigu, (2) des questions de droit ou de fait vraiment nouvelles sont posées, (3) des décisions antérieures du poursuivant ont raisonnablement pu susciter de la confusion, (4) il est clairement établi que les personnes sous enquête n'étaient pas conscientes des conséquences de leurs gestes ou n'en n'avaient pas saisi la portée[81].

(a) La conception américaine moderne des ententes horizontales

Le libellé large et catégorique de l'article 1, si on l'interprétait littéralement, [TRADUCTION] « condamnerait tous les contrats ayant des incidences sur le commerce inter-États »[82]. C'est pour cette raison que la Cour suprême des États-Unis l'a interprété de telle sorte que seules soient interdites les ententes qui « restreignent déraisonnablement les conditions de la concurrence »[83]. Ainsi que l'a établi la jurisprudence américaine, la collaboration entre concurrents constituant une infraction à l'article 1 comporte donc trois éléments :

- il doit y avoir un contrat, une coalition ou un complot (entente) entre deux concurrents ou plus;

- l'entente doit avoir des incidences sur le commerce inter-États ou international;

---

80 U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, accessible à http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch3.htm. Signalons que les mots « quelques infractions traditionnellement qualifiées de *per se* par les tribunaux » renvoient à certaines catégories d'ententes (p. ex. de fixation de prix ou de boycottage) qui ont habituellement été considérées comme illégales*per se* mais qui, en vertu de la jurisprudence actuelle de la Cour suprême, doivent maintenant faire l'objet d'un examen fondé sur la règle de la raison s'il est démontré qu'elles sont accessoires à une opération productive.

81 *Ibid.*

82 Thomas C. Arthur, « Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act » (1986) 74 Calif. L. Rev. 266, à la p. 268.

83 *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 58 (1911).

- l'entente doit avoir pour objet ou pour effet de restreindre déraisonnablement le commerce[84].

Dans une poursuite criminelle fondée sur l'article 1, il faut en outre prouver une intention spécifique. Dans une affaire civile, une intention anticoncurrentielle ne suffit pas en soi à établir une violation de la concurrence, mais une intention proconcurrentielle n'empêchera pas nécessairement non plus de conclure à l'existence d'une violation. Toutefois, [TRADUCTION] des preuves extrinsèques de l'intention peuvent aider à évaluer la puissance commerciale, la probabilité du préjudice à la concurrence et les justifications proconcurrentielles invoquées [dans un examen fondée sur la règle de la raison] lorsque les effets de l'entente sont par ailleurs ambigus[85].

Le droit américain a établi trois catégories d'ententes horizontales - les ententes illégales *per se*, les ententes relevant de la règle de la raison et les ententes légales *per se*. En général, l'illégalité *per se* s'applique aux ententes appartenant à l'une des catégories jurisprudentielles d'ententes qui sont d'office réputées anticoncurrentielles et donc sommairement déclarées illégales (p. ex. les ententes de fixation des prix[86] ou de la production ainsi que les ententes de répartition de territoires ou de clientèles[87] ou de boycoage de clientèles ou de fournisseurs[88]). Les ententes relevant de la règle de la raison sont celles qui sont considérées comme potentiellement proconcurrentielles et qui sont donc examinées suivant la norme de la règle de la raison, selon laquelle il faut démontrer, pour éviter la déclaration d'illégalité, que l'accord visé a des effets proconcurrentiels incontestables dans le marché pertinent.

---

84 *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

85 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 12.

86 Voir notamment, *United States v. Trenton Potteries*, 273 U.S. 392 (1927) [ci-après *Trenton Potteries*]; *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940) [ci-après *Socony-Vacuum*]; *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951) [ci-après *Kiefer-Stewart*].

87 Voir notamment, *U.S. v. Topco Assocs. Inc.*, 405 U.S. 596 (1972) [ci-après *Topco Assocs. Inc.*]; *U.S. v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967) [ci-après *Sealy, Inc.*]; *Timken Roller Bearing Co. v. U.S.*, 341 U.S. 593 (1951) [ci-après *Timken*].

88 Voir *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Sores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959) [ci-après *Klor's*]; *Fashion Originators' Guild of America, Inc. v. Federal Trade Commission*, 312 U.S. 457 (1941) [ci-après *Fashion Originators*]; *Eastern States Lumber Dealers' Assoc. v. U.S.*, 234 U.S. 600 (1914) [ci-après *Eastern States Lumber Dealers' Assoc.*].

(b) La norme de la règle de la raison

La règle de la raison est la règle de base servant à évaluer le « caractère raisonnable » et, partant, la légalité, d'ententes de collaboration entre concurrents[89]. Comme nous l'avons vu, l'examen factuel que requiert la règle de la raison vise à déterminer si, tout compte fait, l'accord en cause favorise ou supprime la concurrence[90]. En pratique, il faut effectuer jusqu'à quatre examens différents.

(i) L'atteinte à la concurrence

Les tribunaux se demandent d'abord si l'entente porte atteinte à la concurrence. C'est alors à la partie demanderesse d'établir que l'entente causera vraisemblablement un préjudice à la concurrence. La réduction de la production, réelle ou probable, est généralement le critère qui sert à mesurer l'atteinte à la concurrence[91], mais celui de la puissance commerciale peut lui être substitué en raison des difficultés inhérentes que comporte l'évaluation des effets qu'une entente a sur la production[92]. Les Lignes directrices conjointes énumèrent quatre facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de l'atteinte à la concurrence :

- la nature de l'entente (limite-t-elle l'indépendance décisionnelle ou réalise-t-elle l'intégration des intérêts majoritaires ou financiers?);
- par suite, la capacité et la motivation des participants à se livrer concurrence de façon indépendante[93],
- les possibilités d'accès au marché, le moment et la suffisance de l'entrée[94],

---

89 Voir *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 59 (1977) [ci-après *GTE Sylvania*]; *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988); *National Collegiate Athletic Asso. v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984) [ci-après *NCAA*]; voir aussi *Martin B. Glauser Dodge Co. v. Chrysler Corp.*, 570 F.2d 72 (CA3 NJ 1977).

90 Voir *National Society of Prof'l Eng'rs v. United States* 435 U.S.679, 691 (1978) [ci-après *Prof'l Eng'rs*].

91 Voir *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1, 20 (1979) [ci-après *Broadcast Music*].

92 Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 694. Fait à noter, selon Warner (à la p. 694), [TRADUCTION] « ni les tribunaux ni les auteurs ne s'entendent sur le degré de puissance commerciale que les parties doivent posséder pour que les tribunaux concluent que leur entente a pour effet de réduire la production ».

93 Les Lignes directrices conjointes passent en revue six éléments pertinents de la capacité et de la motivation des participants à se livrer concurrence : l'exclusivité, le contrôle des éléments d'actif, des intérêts financiers dans la collaboration ou dans les autres entreprises participantes, le contrôle du processus décisionnel relatif aux décisions importantes en matière de concurrence prises dans le cadre de la collaboration, le risque de partage de renseignements anticoncurrentiel et la durée de la collaboration, aux p. 18 à 21.

94 L'accès au marché est examiné aux p. 21 à 23 des Lignes directrices conjointes.

- plus généralement, les conditions du marché[95].

(ii) La justification d'efficience

À l'étape suivante, c'est la partie défenderesse qui a le fardeau d'établir que l'entente en cause est justifiée parce qu'elle entraîne des gains en efficience. Par exemple, une entente peut permettre à des concurrents dont les capacités et les ressources diffèrent d'agir de concert ou collectivement [TRADUCTION] « pour offrir des produits ou des services moins coûteux ou plus intéressants pour les consommateurs ou pour les mettre en marché plus rapidement qu'ils ne le pourraient sans collaboration »[96]. Selon les Lignes directrices conjointes, il doit s'agir de gains en efficience constatables (« cognizable »), c'est-à-dire vérifiables, par opposition à des gains vagues ou hypothétiques, [TRADUCTION] « qui ne résultent pas de réductions anticoncurrentielles de la production ou des services et qui ne peuvent se réaliser par d'autres moyens pratiques ayant des effets anticoncurrentiels substantiellement moindres »[97]. Lorsque la justification d'efficience alléguée est manifestement invraisemblable, l'entente sera sommairement déclarée illégale[98].

La portée et les limites de l'examen relatif à la justification d'efficience ne sont pas établies avec certitude. L'analyse porte-t-elle sur la seule efficience économique ou fait-elle intervenir des facteurs non économiques?. Dans l'affaire *Professional Engineers*[99], la Cour suprême a semblé restreindre l'analyse de la justification à l'examen des effets de l'entente sur la concurrence, ce qui a amené des auteurs à affirmer que les facteurs non économiques n'intervenaient pas dans cette analyse[100]. D'autres auteurs, par contre, ont fait valoir que la Cour n'a indiqué précisément si les préoccupations sociales sont pertinentes pour juger de la validité de restrictions horizontales [et le cas échéant, en quoi exactement le sont-elles] ni dans l'arrêt *Professional Engineers* ni dans les arrêts subséquents[101].

---

95 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 11; voir également les p. 13 à 15 sur la façon dont diverses ententes de collaboration (en matière de production, de recherche et de développement, d'achat et de commercialisation) peuvent limiter l'indépendance du processus décisionnel et sur le préjudice qui peut en résulter pour la concurrence.

96 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 6.

97 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 23. Signalons que [TRADUCTION] « les gains en efficience constatables sont évalués déduction faite des coûts générés par la collaboration ou engagés pour réaliser lesdits gains ».

98 Affaire *NCAA*, précitée, note 89, à la p. 111 (citant Areeda).

99 *Prof'l Eng's* précitée, note 90, aux p. 693 à 695.

100 Voir Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 694.

101 Voir Arthur, précité, note 82, aux p. 365 et 366; voir généralement Barry Wertheimer, « Rethinking the Rule of Reason: From Professional Engineers to NCAA » (1984) Duke L.J. 1297.

(iii) Nécessité raisonnable

Lorsque la partie défenderesse a réussi à démontrer l'existence d'une justification d'efficience plausible, les tribunaux passent à la troisième étape de l'analyse fondée sur la règle de la raison. La partie défenderesse doit alors établir que la justification est raisonnablement nécessaire. Notons toutefois que la jurisprudence n'est pas fixée sur les critères applicables à la détermination du caractère nécessaire ou non d'une restriction[102].

Selon les Lignes directrices conjointes, la preuve requise n'est pas que la restriction est « essentielle ». Par contre, lorsqu'il est possible en pratique de réaliser une intégration entraînant des gains en efficience analogues ou comparables [TRADUCTION] « par des moyens nettement moins restrictifs », l'entente en cause n'est pas jugée « raisonnablement nécessaire »[103]. Les Lignes directrices conjointes indiquent aussi que le contexte du marché (p. ex. concurrent nouvellement arrivé ou établi depuis longtemps), la durée de l'entente et la mesure dans laquelle l'entente est conçue pour décourager les conduites opportunistes pouvant en bout de ligne diminuer les gains en efficience promis influeront également sur l'appréciation du caractère raisonnable de la nécessité[104].

(iv) Effet net

La dernière étape de l'analyse fondée sur la règle de la raison telle qu'elle est décrite dans les Lignes directrices conjointes consiste à comparer [TRADUCTION] « la probabilité des gains en efficience constatables ou de l'atteinte à la concurrence ainsi que leur importance respective, afin de déterminer quels effets globaux réels ou probables l'entente aura sur la concurrence dans le marché pertinent »[105]. Ce sont principalement les effets réels ou à court terme qui comptent ici. Bien que des « avantages différés » puissent être également pris en considération, les Lignes directrices conjointes indiquent que ce facteur pèse moins [TRADUCTION] « parce qu'il est moins immédiat et plus difficile à prédire »[106].

(c) L'illégalité *per se*

Comme nous l'avons mentionné en introduction, le droit américain considère certaines ententes comme déraisonnables *per se* et, partant, illégales en vertu de l'article 1. La jurisprudence en est venue à établir, avec l'expérience, que lorsqu'il a été démontré qu'un type particulier d'entente est

---

102 Voir James T. Halverson, « The Direction of Antitrust in the Decade Ahead: Some Predictions: The Future of Horizontal Restraints Analysis » (1988) 57 Antitrust L.J. 33, à la p. 46; Arthur, précité, note 82, à la p. 360.

103 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 9.

104 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 24.

105 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 25.

106 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 25.

manifestement anticoncurrentiel et qu'il est le plus souvent dépourvu de vertus compensatoires »[107] (p. ex. il ne s'agit que d'un moyen de restreindre la production et d'augmenter les prix), l'entente sera péremptoirement présumée illégale sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner :

- son effet net sur la concurrence;
- l'objet commercial qu'elle est censée poursuivre; ou
- ses possibles justifications non économiques (c.-à-d. son caractère raisonnable)[108].

De façon générale, sont ainsi péremptoirement interdites les ententes de fixation des prix[109] ou de la production, les ententes de répartition de territoires ou de clientèles[110] ou de boycottage de clientèles ou de fournisseurs[111]. Le simple fait de consentir à fixer des prix, par exemple, suffit à engager la responsabilité[112]. L'objet ou les effets commerciaux d'une entente de ce type n'interviennent d'aucune façon dans l'examen sommaire de l'illégalité *per se*.

L'analyse *per se* a trois raisons d'être : la fiabilité économique, la facilité d'administration pour les tribunaux et la prévisibilité[113]. L'illégalité *per se* procède de l'opinion selon laquelle la théorie économique relative, par exemple, à la fixation des prix est suffisamment étoffée pour qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner les effets positifs d'ententes particulières[114]. De la même façon, les règles *per se* découlent également de la conclusion voulant que la probabilité d'atteinte à la concurrence soit tellement élevée (et la probabilité d'avantages proconcurrentiels tellement faible), pour certaines catégories d'ententes, qu'il est légitime de renoncer au long et coûteux

---

107 Halverson, précité, note 102, à la p. 35 (citant *Prof'l Eng'rs* précitée, note 90, à la p. 692; *GTE Sylvania*, précitée, note 89, à la p. 50; *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958) [ci-après *Northern Pac. Ry.*]).

108 Voir notamment *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 351 (1982) [ci-après *Maricopa*]. [Le potentiel anticoncurrentiel inhérent à toutes les ententes de fixation des prix justifie leur invalidation péremptoire même si dans quelques cas des justifications proconcurrentielles peuvent être invoquées.]

109 Voir notamment, *Trenton Potteries*, précitée, note 86.; *Socony-Vacuum*, précitée, note 86; *Kiefer-Stewart*, précitée, note 86.

110 Voir notamment, *Topco Assocs. Inc.*, précitée, note 87; *Sealy, Inc.*, précitée, note 87; *Timken*, précitée, note 87.

111 Voir *Klor's*, précitée, note 88; *Fashion Originators'*, précitée, note 88; *Eastern States Lumber Dealers' Assoc.*, précitée, note 88.

112 Voir T. Webb, « Fixing the Price Fixing Confusion: A Rule of Reason Approach » (1993) Yale L.J. 706, à la p. 708.

113 *Ibid.*, à la p. 708.

114 *Ibid.*, à la p. 709.

examen fondé sur la règle de la raison[115]. Enfin, dans l'hypothèse où l'entente interdite se prête à une définition claire, les règles *per se* traduisent en outre l'opinion voulant qu'elles accroissent la cohérence et la prévisibilité des mesures d'application de la législation ainsi que de la jurisprudence antitrust[116].

Dans les années 1980 et 1990, toutefois, la théorie économique relative à la plupart des catégories d'ententes illégales *per se* a fait l'objet de sérieuses critiques qui, en ébranlant le fondement de la fiabilité économique, ont inévitablement mis à mal celui de la facilité d'administration et de la prévisibilité, étant donné les interrelations entre les trois raisons d'être[117]. [TRADUCTION] « Seules les règles interdisant les cartels ont échappé à une contestation sérieuse »[118]. Il en est résulté l'abandon par la Cour suprême et pas les Cours de circuit, de la stricte application des règles *per se* à certaines catégories d'ententes habituellement réputées produire des effets nécessairement illégaux, dont les ventes liées[119], les ententes de fixation de prix[120], de répartition de clientèles ou de marchés[121] ou de boycottage[122].

Les décisions judiciaires récentes relatives à la règle *per se* en matière de fixation des prix illustrent bien cette tendance. [TRADUCTION] « Sous le régime de la *Sherman Act*, une association d'intérêts ayant pour objet ou pour effet d'augmenter, de réduire, de fixer ou de stabiliser le prix d'un produit ... est illégale *per se* »[123]. La règle *per se* interdisant la fixation des prix, telle qu'elle a été établie et appliquée au cours des ans par la Cour suprême, vise les ententes relatives aux prix maximum comme aux prix minimum, les ententes comportant des modalités influant sur les prix (p. ex. des modalités de crédit), les ententes sur les prix finaux, les ententes

---

115 *Ibid.*, à la p. 709; voir également *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 15-16 n. 25 (1984) [ci-après Hyde].

116 Voir Webb, précité, note 112, à la p. 710.

117 Voir Arthur, précité, note 82, aux p. 316 et 317 et n. 288.

118 *Ibid.*, à la p. 316.

119 Voir *Hyde*, précitée, note 115.

120 *Board of Regents v. NCAA*, 104 S. Ct. 2948, 2960-62 (1984); *Broadcast Music*, précitée, note 91, aux p. 8-10 et 16-24.

121 La tendance est actuellement d'évaluer les ententes de partage de marché en appliquant une analyse fondée sur la règle de la raison. [TRADUCTION] « Il est maintenant bien établi que les parties défenderesses doivent disposer d'une puissance commerciale pour que l'entente de partage de marché soit jugée illégale », Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 686, n. 92 (citant *NCAA*, 468 U.S.; *Polk Brothers Inc. v. Forest City Enterprises Inc.*, 776 F.2d 185 (7th Cir. 1985); *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines Inc.*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986); *General Leaseways, Inc. v. National Truck Leasing Assoc.*, 74 F.2d 588 (7th Cir. 1984)).

122 Voir Johnston; *Northwest Wholesale Stationers Inc. v. Pacific Stationary & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985); *Maricopa*, précitée, note 108.

123 *Socony-Vacuum*, précitée, note 86, à la p. 223.

visant à obliger des tiers à hausser leurs prix et même les ententes qui ne portent qu'indirectement atteinte à la liberté d'établissement des prix[124]. Toutefois, la règle classique interdisant les associations d'intérêts qui, au sens littéral, haussent, réduisent, fixent ou stabilisent les prix n'est plus d'application aussi générale. Dans l'arrêt *Broadcast Music*, la Cour suprême a abandonné la stricte règle *per se* et, en reconnaissant que des ententes qui [TRADUCTION] « "fixent" des prix, au sens littéral, peuvent être légales dans certaines circonstances, en particulier, lorsqu'elles découlent d'une activité conjointe légitime » a établi une distinction entre les [TRADUCTION] « ententes de fixation de prix » et la « fixation de prix *per se* »[125].

La conception actuelle de la fixation des prix repose sur la distinction entre les restrictions « manifestes » - les ententes entre concurrents qui ne sont pas raisonnablement nécessaires à une véritable collaboration ou à une opération productive - et les restrictions « accessoires » - les ententes qui contribuent à la réalisation d'une opération commerciale valide et qui créent par là des [TRADUCTION] « gains en efficience par intégration »[126]. Les restrictions manifestes sont illégales *per se* et peuvent donner lieu à une condamnation sommaire, tandis que les restrictions accessoires font l'objet d'une évaluation selon la règle de la raison, qui tient compte de la définition du marché et de la puissance commerciale.

Selon les Lignes directrices conjointes, [TRADUCTION] « si les participants à une opération d'intégration économique générant des gains en efficience concluent une entente raisonnablement liée à l'opération et raisonnablement nécessaire à la réalisation des avantages proconcurrentiels, l'entente sera examinée sous le régime de la règle de la raison **même si** elle appartient à une catégorie d'ententes qui pourraient autrement être jugées illégales *per se* »[127]. L'opération générant des gains en efficience est ainsi définie :

> [TRADUCTION]
> Dans une opération générant des gains en efficience, les participants collaborent à l'accomplissement (au moyen d'une coentreprise entièrement créée par la collaboration ou par l'un ou plusieurs des participants ou par des tiers agissant au nom d'autres participants) d'une ou de plusieurs fonctions économiques, comme la production, la distribution, la commercialisation, les achats ou la recherche et le développement et, ce faisant, procurent des avantages réels ou potentiels aux consommateurs, en élargissant la production, en réduisant les prix, en augmentant

---

124 Voir M. Elaine Johnston, « Horizontal Restraints », *The 47th Annual Spring Meeting: Antitrust Fundamentals* (1999), aux p. 7 et 8.

125 *Ibid.*, à la p. 8.

126 Warner et al., précité, note 70, à la p. 697; voir aussi Halverson, précité, note 102, à la p. 46 [les restrictions accessoires sont celles [TRADUCTION] « qui découlent accessoirement d'une opération distincte licite ... et visent à rendre l'opération principale plus efficace » ((citant *National Bancard Corp. (NaBanco) v. Visa U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir.), cert. refusée, 107 S. Ct. 329 (1986)).

127 Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 8 [sans gras dans l'original].

> la qualité ou le service ou en innovant. Généralement, les participants mettent en commun, contractuellement ou autrement, des capitaux, des techniques ou d'autres éléments d'actif complémentaires importants pour créer des avantages proconcurrentiels qu'ils ne pourraient obtenir séparément ... L'opération d'intégration doit être propre à générer **de façon plausible** des avantages concurrentiels constatables au sens de l'analyse des gains en efficience[128].

(d) Conclusions relatives au régime appliqué aux États-Unis

(i) Macro-avantages

Le modèle américain permet dans une large mesure de distinguer entre la collaboration qui réduit le bien-être social et celle qui l'élève en générant des gains en efficience plus importants que l'atteinte qu'elle peut porter à la concurrence, lesquels compensent le préjudice[129]. En principe à tout le moins, cette distinction se construit à deux niveaux :

- la dichotomie « règle de la raison/illégalité *per se* »;
- l'examen fondé sur la règle de la raison lui-même qui, bien sûr, permet une évaluation exhaustive des avantages concurrentiels allégués avant qu'il soit statué sur la légalité de l'entente.

On peut en outre prétendre que l'assouplissement récent des règles *per se* par la Cour suprême a accru, et non réduit, la capacité des décideurs réglementaires et judiciaires d'effectuer la distinction susmentionnée.

(ii) Macro-inconvénients

Parce que l'article 1 emploie une formulation large et n'énonce pas de norme, le droit américain de la concurrence, dans son état actuel, est le fruit d'un siècle d'élaboration jurisprudentielle. Selon certains auteurs, même maintenant l'absence d'une norme opérationnelle pouvant servir de guide pour la solution des affaires complexes permet aux tribunaux de réévaluer et de reformuler les principes fondamentaux du droit de la concurrence et, en conséquence, les litiges en matière de concurrence, aux États-Unis, demeurent notoirement coûteux et imprévisibles, en dépit des efforts répétés déployés pour simplifier tant la doctrine que la procédure[130].

Les nouvelles tendances évoquées plus haut concernant le droit américain ont créé des incertitudes quant aux circonstances donnant ouverture à l'application de la règle *per se* ou à

---

128 *Ibid.* [sans gras dans l'original].

129 Voir Ross, précité, note 7.

130 Arthur, précité, note 82, aux p. 268 et 270; voir également Webb, précité, note 112, à la p. 706.

l'analyse fondée sur la règle de la raison. Par exemple, Webb soutient que, s'agissant d'ententes portant d'une façon ou d'une autre sur des prix, on ne peut prédire avec certitude quel ensemble de règles les tribunaux vont choisir d'appliquer dans un cas donné[131]. Il en veut pour preuve les décisions contradictoires rendues dans les affaires *Broadcast Music* et *Maricopa*, lesquelles présentaient des faits largement similaires. Dans les deux cas, les défendeurs mettaient en marché un nouveau produit - licences générales dans l'affaire *Broadcast Music* et assurance maladie à couverture complète et à prime modique dans l'affaire *Maricopa* - et, dans les deux cas, le nouveau produit constituait une réponse globale aux frais par opération élevés des achats à la carte[132]. Toutefois, la Cour a appliqué la règle *per se* dans l'affaire *Maricopa* et la règle de la raison dans l'affaire *Broadcast Music*. Selon Webb, aucun motif rationnel ne permettait de distinguer entre les deux affaires[133].

(iii) Micro-avantages et micro-inconvénients

Voici les avantages et les inconvénients respectifs de chacun des éléments constitutifs des deux régimes américains.

(1) Illégalité *per se*

En théorie, la règle *per se*, dans son acception stricte, offre au moins deux avantages interreliés :

- elle entraîne des coûts relativement moins élevés
- elle promet plus de certitude et de prévisibilité[134].

Il est logique en effet, étant donné que la seule question à trancher en vertu de l'analyse *per se* est celle de savoir si la conduite reprochée a eu lieu, que cette règle coûte moins cher à appliquer, en temps et en argent, que la règle de la raison, laquelle demande une étude approfondie des effets nets de la même conduite sur la concurrence[135]. De la même façon, la démarche catégorique associée à la règle *per se*, qui a pour but de rendre plus certaine l'interdiction visant certains types d'ententes, promet plus de cohérence et de prévisibilité, ce qui facilite la planification commerciale.

---

131 Webb, précité, note 112, à la p. 720.

132 *Ibid.*, aux p. 721 et 722.

133 *Ibid.*

134 *Ibid.*, à la p. 708.

135 Voir *Northern Pac. Ry.*, précitée, note 109, à la p. 5 [La règle *per se* évite la tenue d'une enquête économique d'une longueur et d'une complexité incroyables passant en revue l'histoire complète de l'industrie en cause et des industries connexes].

Il est possible, toutefois, que l'efficacité et la clarté de la règle *per se* soient plus apparentes que réelles. En pratique, l'application de la règle nécessite en effet une préenquête afin de déterminer si l'entente en cause appartient bien à une catégorie visée. La qualification d'une entente [TRADUCTION] « peut être très difficile et demander une analyse économique passablement poussée »[136]. Par conséquent, comme l'a reconnu la Cour suprême, « il arrive souvent qu'aucune ligne de démarcation nette ne permette de distinguer l'analyse *per se* de l'analyse fondée sur la règle de la raison »[137]. Évidemment, s'il faut procéder à une analyse complète fondée sur la règle de la raison ou même à une analyse partielle avant de déclarer une entente illégale *per se*, l'administration de la justice ainsi que les parties perdent l'avantage lié aux coûts moindres de ce régime.

De la même façon, la nécessité de la qualification des ententes compromet les attributs tant vantés de la règle *per se*, soit la certitude et la prévisibilité. Par exemple, [TRADUCTION] « une définition incertaine de la fixation des prix ne peut fournir aux commerçants une norme fiable propre à orienter leur conduite »[138]. Il est possible d'affirmer que l'effet paralysant résultant de l'application incertaine de la règle *per se* empêche la collaboration efficace entre concurrents et aboutit à une diminution du bien-être social.

Plus fondamentalement, la règle *per se*, comme nous l'avons expliqué plus haut, repose sur deux postulats liés :

- la théorie économique fondant la conclusion selon laquelle certaines catégories d'ententes sont invariablement préjudiciables à la concurrence est valide et, par conséquent,

- le lourd examen qu'exige la règle de la raison peut à bon droit être évité relativement à certaines catégories d'ententes.

Or, l'application de la règle *per se* aux ententes de fixation des prix illustre la nature problématique de ces postulats.

Webb soutient que [TRADUCTION] « comme catégorie juridique, [la règle *per se*] n'a pas d'assise économique cohérente »[139] (à l'exception du tort causé par les cartels anticoncurrentiels). Relevant les exceptions bien connues appliquées à l'égard des coentreprises et des partenariats, il fait valoir que les ententes relatives aux prix ne sont pas toutes économiquement mauvaises et que ce sont plutôt celles que concluent des producteurs exerçant une puissance commerciale afin

---

136 H. Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law* (1985), aux p. 128 et 129.

137 *NCAA*, précitée, note 89, à la p. 104, note 26.

138 Webb, précité, note 112, à la p. 711.

139 *Ibid.*, à la p. 715.

d'élever les prix au-delà du niveau concurrentiel qui le sont[140]. L'interdiction mécanique de toute coalition augmentant, réduisant, fixant ou stabilisant des prix (sans égard à la puissance commerciale ou aux effets économiques) qui caractérise depuis longtemps le droit américain de la concurrence a eu comme résultat net, selon lui, d'ébranler la concurrence et de réduire le bien-être des consommateurs[141].

De la même façon, Ross affirme que [TRADUCTION] « même une pratique ayant mauvaise presse [et nuisant à la concurrence] comme la fixation des prix peut faire partie d'un arrangement efficace au plan social »[142]. Il suppose, à titre d'exemple, une entente entre petits pharmaciens détaillants d'une grande ville à l'effet de faire une publicité conjointe et de respecter les prix mentionnés, et expose que [TRADUCTION] « même si à n'en pas douter il s'agit (en partie) d'une entente visant à fixer des prix, elle ne peut avoir d'effet négatif sur la concurrence (puisque ce regroupement de pharmaciens ne compte que pour une fraction minime des ventes réalisées dans la ville) et est en fait bénéfique puisqu'elle améliore l'information donnée dans le marché et abaisse les coûts de la publicité » au moyen d'économies d'échelles[143].

On pourrait relever un dernier désavantage de la théorie de l'illégalité *per se*, savoir son effet sur l'information qui parvient aux décideurs judiciaires. [TRADUCTION] « Les juges ont déjà assez de difficulté à se renseigner sur les pratiques commerciales sans en plus stopper le flux d'information à la source en appliquant prématurément une règle d'illégalité générale »[144].

---

140 *Ibid.*

141 *Ibid.*, à la p. 714. Webb cite la décision *Boise Cascade v. FTC*, 69 F.2d 573 (9th Cir. 1980) comme exemple de la portée excessive de la règle *per se* traditionnelle interdisant la fixation des prix. Dans cette affaire, trois fabricants de contreplaqué du sud des États-Unis ont été déclarés coupables d'infractions*per se* à l'article 1 pour avoir conspiré en vue d'appliquer un système uniforme d'établissement de prix franco domicile. Conformément à la règle *per se*, le tribunal n'a formulé aucune conclusion quant aux effets nocifs sur les prix totaux et n'a même pas pris cette question en considération. Les défendeurs avaient normalisé les frais de livraison entre producteurs du sud et de l'ouest, en établissant un prix à l'usine rajusté pour tenir compte des frais de livraison plus élevés des producteurs de la côte ouest. En l'absence de preuves établissant qu'une entente de ce type a des effets sur le prix total, Webb doute qu'elle porte réellement atteinte à la concurrence. Il pense au contraire que ce système d'établissement de prix avait une justification proconcurrentielle, savoir [TRADUCTION] « la réduction pour les consommateurs du coût afférent à la comparaison du contreplaqué produit dans les États du sud et dans ceux de l'ouest, en leur permettant de comparer directement les prix à l'usine respectifs et de déterminer le prix total franco domicile en additionnant simplement les frais de transport normalisés à chaque prix à l'usine. Il en résultait une concurrence accrue entre les fabricants de contreplaqué et des coûts de recherche moindres pour les consommateurs » [Webb, précité, aux p. 718 et 719].

142 Ross, précité, note 7, à la p. 866.

143 *Ibid.*, à la p. 862.

144 *Vogel v. American Society of Appraisers*, 744 F.2d 598, 604 (7th Cir. 1984) (cité dans Halverson, précité, note 102, à la p. 43).

(2) Règle de la raison

Nous l'avons déjà dit, l'avantage fondamental de la norme de la règle de la raison réside dans sa souplesse, laquelle permet aux tribunaux de faire la différence entre les mesures de collaboration proconcurrentielles élevant le bien-être et les autres. La souplesse a son prix toutefois. La règle de la raison est une norme imprécise qui oblige, dans chaque cas, à soupeser toutes les circonstances pertinentes pour déterminer si l'entente en cause est raisonnable. L'analyse économique longue et complexe qu'elle impose entraîne souvent de longs délais et des dépenses substantielles.

L'autre difficulté posée par la règle de la raison découle de la nécessité de comparer les effets proconcurrentiels et les effets anticoncurrentiels. Lorsqu'il y a disproportion entre les deux types d'effets, le résultat est évident. Toutefois, lorsque la disproportion n'est pas flagrante, des problèmes se posent. Selon Arthur, on ne trouve dans la jurisprudence de la Cour suprême [TRADUCTION] « ni méthodologie pour évaluer dans chaque affaire les effets restrictifs et les gains en efficience ni ensemble de règles permettant d'éviter un tel examen »[145].

Enfin, des auteurs ont également affirmé que [TRADUCTION] « les défendeurs constateront qu'il leur est difficile d'obtenir gain de cause sous le régime de la règle de la raison »[146]. Cette situation fait naturellement craindre la surdissuasion et ses effets nocifs pour les consommateurs et, en bout de ligne, pour le bien-être social.

VII. AUSTRALIE

Le premier texte législatif antitrust de l'Australie s'inspirait étroitement du libellé de la *Sherman Act* de 1890 et ne prévoyait aucun mécanisme d'autorisation[147]. Cependant, l'actuelle partie IV de la *Trade Practices Act* australienne comporte, entre autres, un certain nombre d'éléments différents tirés du régime américain et de celui de l'Union européenne examinés plus haut, ainsi que d'autres aspects particuliers à l'Australie. Plus précisément, la Loi incorpore des interdictions *per se* détaillées concernant les accords de fixation des prix et d'autres formes d'ententes injustifiables. La Loi prévoit également une interdiction large qui se fonde sur une analyse axée sur une règle de la raison partielle analogue aux dispositions de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* canadienne. Cette interdiction vise les accords ou arrangements qui ont pour objet ou pour effet de sensiblement réduire la concurrence. À l'instar du paragraphe 81(3) du Traité CE, la Loi offre à l'Australian Competition and Consumer Commission (l'ACCC) la possibilité d'accorder des autorisations permettant de conclure des accords ou de leur donner effet même s'ils sont visés par les interdictions *per se*. Le texte des dispositions pertinentes est joint à l'annexe V.

---

[145] Arthur, précité, note 82, à la p. 362.

[146] *Ibid.*, à la p. 364.

[147] John Duns, « Competition Law and Public Benefits », (1994) 16 Adel L.R. 245, à la p. 248.

L'article 45 prohibe les accords, arrangements et ententes qui ont pour objet ou pour effet ou qui auront vraisemblablement pour effet de diminuer la concurrence de manière sensible[148]. Cette disposition interdit en outre aux personnes morales de donner effet à ce genre d'accords. Les interdictions *per se* sont prévues à l'article 45A de la Loi australienne, qui est ainsi rédigé :

> [TRADUCTION]
> Sans préjudice de la portée générale de l'article 45, les stipulations d'un contrat, d'un arrangement ou d'une entente, ou encore d'une proposition de contrat, d'arrangement ou d'entente, sont réputées, pour l'application de cette disposition, avoir pour objet, pour effet ou vraisemblablement pour effet de réduire la concurrence de manière sensible si elles ont pour objet ou pour effet ou si elles auront vraisemblablement pour effet, selon le cas, de fixer, contrôler ou maintenir, ou faire en sorte que soient fixés, contrôlés ou maintenus, les prix ou les rabais, remises, abattements ou crédits exigés ou consentis en liaison avec les marchandises ou les services offerts ou acquis par les parties au contrat, à l'arrangement ou à l'entente ou à la proposition, par l'une ou l'autre des parties susmentionnées ou par n'importe quelle personne morale ayant un lien avec ces dernières, et qui se font concurrence.

Comme nous l'avons signalé plus haut, l'article 45A prohibe la conclusion, entre des concurrents actuels ou probables, d'ententes ayant pour objet ou pour effet ou vraisemblablement pour effet de fixer les prix en fonction de l'offre. Selon le paragraphe 45(1), les accords visant à fixer les prix sont réputés avoir pour objet ou pour effet de sensiblement réduire la concurrence et sont donc contraires à l'article 45. Malgré le libellé exprès du texte législatif, les tribunaux australiens ont dilué la nature « *per se* » de l'interdiction lorsqu'ils ont décidé que l'article 45A exigeait la preuve [TRADUCTION] « d'une intention ou d'un risque probable d'influer sur la concurrence dans les prix[149] ».

Dans un rapport publié par l'Independent Committee of Inquiry à la suite d'une étude sur les politiques australiennes en matière de concurrence effectuée en 1993, on recommande, de façon générale, de ne pas autoriser d'exemptions relatives à la fixation horizontale des prix parce que cette pratique [TRADUCTION] « nuit au message voulant que la concurrence par les prix soit essentielle à une concurrence véritable [...][150] ». Or, contrairement à cette recommandation, le texte législatif reconnaît que certains genres d'accords en matière de fixation des prix ou d'autres arrangements visés par les interdictions *per se* peuvent entraîner des avantages sur le plan de la concurrence et qu'ils doivent donc faire l'objet d'une exemption. Par exemple, l'article 45A comporte un certain nombre d'exceptions relatives aux ententes touchant les achats combinés,

---

[148]Voir le sous-al. 45(2)(a)(ii).

[149]Lynden Griggs, « Compliance with Section 45 of the Trade Practices Act: A Plan », (1997) 15 Australian Bar Rev. 149, à la p. 156 (renvoyant à *Radio 2UE Sydney Pty Ltd Stereo FM Pty Ltd*, (1983) 68 FLR 70, à la p. 72).

[150]Maureen Brunt, « The Australian Antitrust Law After 20 Years – A Stocktake » dans David K. Round, éd., *The Australian Trade Practices Act 1974* (1994) 483, à la p. 509 (citant The Hilmer *Report* [National Competition Policy Review (1993)], à la p. 39).

l'approvisionnement conjoint et la publicité commune par les concurrents dans certaines situations. Plus particulièrement, le paragraphe 45A(4) énonce que l'interdiction ne s'applique pas aux ententes [TRADUCTION] « relatives au prix de marchandises ou de services à être achetés de manière collective » ni à [TRADUCTION] « la publicité commune du prix de réapprovisionnement des marchandises ou des services ainsi acquis ». Même s'ils ne sont pas visés par l'interdiction *per se*, les accords de cette nature demeurent assujettis à l'interdiction générale prévue à l'article 45 lorsqu'il est établi que l'entente en cause a pour objet ou pour effet de réduire sensiblement la concurrence.

L'article 45 et les interdictions connexes sont appliqués par les tribunaux nationaux australiens. Comme pour le régime de l'Union européenne, les violations de l'article 45 ne sont punissables qu'au moyen d'amendes, qu'on appelle des [TRADUCTION] « sanctions pécuniaires ». Cependant, à l'exemple du régime de l'Union européenne, les tribunaux australiens peuvent infliger des amendes considérables. En effet, l'article 76 autorise les tribunaux à infliger aux personnes morales des amendes pouvant atteindre dix millions de dollars (environ huit millions de dollars CAN) pour des actes enfreignant l'article 45. Les boycottages secondaires, qui sont également prohibés par l'article 45, peuvent entraîner des amendes allant jusqu'à 750 000 dollars. De plus, les personnes physiques peuvent être condamnées à des amendes pouvant atteindre 500 000 dollars lorsqu'elles enfreignent l'article 45. L'article 82 permet aux demandeurs privés d'intenter des poursuites en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour les pertes ou les préjudices subis en raison d'actes ou d'omissions qui portent atteinte à la partie IV. Il convient de signaler que des demandeurs non gouvernementaux sont à l'origine de la moitié des actions intentées en application de la Loi[151].

Malgré la possibilité de recourir à de fortes amendes, il faut mentionner qu'en 1999-2000, la Commission a dépensé 12 millions de dollars au titre des litiges et qu'elle n'a obtenu qu'environ 14 millions de dollars sous forme de sanctions pécuniaires prononcées contre des sociétés déclarées coupables d'avoir manqué à la Loi[152].

(a) Autorisations

Suivant l'article 88 de la Loi, l'ACCC a le pouvoir de délivrer des autorisations permettant de conclure ou de mettre en oeuvre des accords qui sont ou pourraient être contraires à la partie IV de la Loi, y compris des ententes qui occasionnent une diminution sensible de la concurrence ou, même, des accords de fixation des prix assujettie aux interdictions *per se*. L'autorisation a pour effet de protéger ceux qui les obtiennent contre des poursuites judiciaires par l'ACCC ou n'importe quelle autre partie. L'ACCC peut, si elle l'estime opportun, assortir les autorisations de

---

[151] Allan Fels, « The Trade Practices Act 1974 - Twenty Years On », (1994)16:2 Competition and Consumer L J. 1, à la p. 4.

[152] Australian Competition & Consumer Commission, *Annual Report 1999-2000*, à la p. 2.

conditions, d'engagements[153] et de délais[154]. Il n'est habituellement possible d'accorder des autorisations que si l'entente n'a pas encore été conclue. En d'autres termes, à moins que les parties rendent l'entente conditionnelle à ce que ses stipulations ne prennent pas effet avant qu'une autorisation ne soit délivrée et une demande présentée à l'ACCC, l'accord qui a été conclu avant que l'ACCC n'ait tranché la demande ne peut faire l'objet d'une autorisation[155].

Les retards importants, fléau du régime de l'Union européenne, semblent avoir été évités dans le cadre de la législation australienne grâce à l'imposition d'une échéance fixe à l'intérieur de laquelle l'ACCC est tenue d'accorder ou de refuser l'autorisation. Sous réserve de certaines exceptions limitées, l'ACCC a quatre mois pour se prononcer sur une demande d'autorisation, faute de quoi elle est réputée avoir accordée l'autorisation[156]. Bien que les statistiques relatives aux autorisations visant la collaboration entre concurrents délivrées en application de la Loi ne soient pas disponibles, le rapport annuel de 1999-2000 de l'ACCC présente les statistiques globales sur les fusionnements et les comportements anticoncurrentiels. Ainsi, en 1999-2000, 160 demandes d'autorisation ont été soumises à l'examen de l'ACCC. Parmi ces demandes, 78 ont été reportées de l'exercice précédent, tandis que 82 consistaient en de nouvelles demandes. Au cours de la période de douze mois se terminant le 30 juin 2000, sept demandes ont été retirées et 72, soit environ 45 pour 100 de l'ensemble des demandes examinées par l'ACCC, ont été tranchées[157]. Dans l'évaluation de ces statistiques, on doit cependant tenir compte du fait que le rapport ne précise ni la proportion de demandes tranchées appartenant à la catégorie des demandes « reportées » ni le temps moyen consacré au traitement d'une demande.

La décision de l'ACCC d'accorder ou non une autorisation se fonde sur deux critères. Le premier ressemble à l'examen comparatif que commande la norme de la règle de la raison appliquée aux États-Unis. Dans les cas d'ententes et d'engagements susceptibles de réduire sensiblement la concurrence, l'ACCC n'est autorisée à accorder une autorisation que si elle est convaincue que l'entente proposée se traduirait ou se traduirait vraisemblablement par un bénéfice net pour le public (c.-à-d., un avantage qui l'emporte sur les inconvénients causés par l'éventuelle diminution consécutive de la concurrence)[158]. Il faut alors établir l'existence d'un lien de causalité entre l'avantage public allégué et l'accord visé[159]. Le demandeur n'a toutefois pas à prouver qu'il

---

[153]Voir l'art. 87B.

[154]Voir les par. 90(3) et 91(1).

[155]Voir le par. 88(12).

[156]Voir le par. 90(10A).

[157]*Ibid*, à la p. 45.

[158]Voir les par. 90(6) et (7).

[159]Rex J. Adhar, « Authorisation and Public Benefit Under the Commerce Act 1986: Some Emerging Principles », (1988) 16 Australian B.L.R. 128, à la p. 142.

n'y aurait pas de tel avantage en l'absence de l'accord attaqué[160]. D'un point de vue pratique, Adhar laisse entendre que les demandeurs assument un lourd fardeau[161]. De fait, entre 1974 et 1983, seul 1,65 pour 100 des demandes d'autorisation ont été accueillies[162].

L'ACCC et le Tribunal de la concurrence de l'Australie ont donné une définition large des [TRADUCTION] « avantages pour le public ». Contrairement à ce qui est prévu sous le régime de la *Sherman Act*, l'ACCC et le Tribunal ne sont pas tenus d'examiner uniquement les questions d'ordre économique, mais peuvent également prendre en considération un certain nombre de facteurs non économiques, notamment :

- l'amélioration de l'efficience commerciale, particulièrement lorsqu'elle se traduit par une compétitivité internationale accrue;
- la rationalisation de la production au sein de l'industrie permettant de mieux allouer les ressources et de contenir ou restreindre les coûts de production unitaires;
- l'expansion de l'emploi ou la prévention du chômage au sein des industries efficientes, ou la croissance de l'emploi dans des régions données;
- la promotion de la réduction des coûts au sein de l'industrie de manière à contenir ou à diminuer les prix à toutes les étapes de la chaîne d'approvisionnement;
- la promotion de la concurrence au sein de l'industrie;
- la promotion d'opérations commerciales équitables;
- la croissance des exportations;
- le remplacement accru des importations;
- le développement économique, p. ex. des ressources naturelles, par l'encouragement à l'exploration, à la recherche et à l'investissement de capitaux;
- l'aide aux petites entreprises efficientes, p. ex. conseils en matière d'initiatives touchant les coûts, les prix ou la commercialisation favorisant la compétitivité;

---

[160] *Ibid*, à la p. 143.

[161] *Ibid*, à la p. 147.

[162] Voir Warren Pengilley, « Comparative Approaches to the Enforcement of Antitrust Laws Against Price-Fixing Arrangements (with Special Emphasis on the Lessons Learned from the Antitrust Law and Enforcement in Australia) », (1983) 28 Antitrust Bulletin 882, aux p. 884 et 917.

- l'harmonie au sein de l'industrie;
- l'amélioration de la qualité et de la sécurité des marchandises et des services ainsi que l'augmentation du choix offert aux consommateurs;
- la diffusion d'une information de meilleure qualité aux consommateurs et aux entreprises de sorte qu'ils puissent faire des choix éclairés lors de leurs opérations[163].

Quant à l'étendue des « considérations pertinentes » examinées dans le cadre du processus d'autorisation, Duns confirme [TRADUCTION] « aucune tentative n'a été faite pour limiter l'examen de la question des avantages à ce qui pourrait être considéré comme des retombées économiques directes et certainement pas aux critères relatifs à l'efficience[164] ». Toutefois, en pratique, selon Duns, l'analyse économique constitue le principal élément du processus d'autorisation prévu par la Loi, bien qu'il existe quelques exemples de cas dans lesquels l'ACCC ou le Tribunal a accordé un certain poids à des facteurs non liés à l'efficience[165].

En outre, lorsque l'analyse des facteurs non économiques susmentionnés révèle l'existence d'inconvénients, plutôt que d'avantages, ces facteurs peuvent être pris en compte pour déterminer dans quelle mesure l'entente nuit à la concurrence. Il importe de signaler qu'il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires (qui, selon le régime australien, sont chargés de l'application des interdictions législatives susmentionnées) d'évaluer si les accords anticoncurrentiels proposés offrent des avantages au public. Cette tâche relève plutôt de l'ACCC. Les tribunaux judiciaires examinent seulement l'objet et l'effet – réels, vraisemblables ou réputés – de l'accord en question sur la concurrence; leur fonction ne s'étend pas à l'appréciation des autres effets possibles de l'entente attaquée, qu'ils soient de nature à accroître l'efficience ou d'une autre nature. Le processus de notification et d'autorisation applicable devant l'ACCC est un mécanisme institutionnel qui fait en sorte de ne pas dissuader les concurrents de collaborer entre eux lorsque cela favorise le jeu de la concurrence[166].

Les autorisations peuvent être modifiées, révoquées et (ou) remplacées par l'ACCC lorsque, par exemple, la personne à laquelle on a délivré l'autorisation omet de respecter une condition

---

[163]Jones, précité, à la note 29.

[164]Duns, précité, note 147, à la p. 256 (renvoyant à Queensland Co-operative, à 17,242 : un avantage pour le public peut être [TRADUCTION] « [...] n'importe quelle chose de valeur pour la collectivité en général, n'importe quelle contribution aux objectifs poursuivis par la société »).

[165]Voir Duns, précité, note 147, aux p. 260 et 262.

[166]Voir Karen Yeung, « Quantifying Regulatory Penalties: Australian Competition Law Penalties in Perspective », (1999) 23 Melbourne U. L.R. 444, à la p. 466.

afférente à celle-ci ou qu'il y a un changement important de la situation[167]. Selon l'article 101, les décisions rendues par l'ACCC afin d'accorder, de révoquer ou de remplacer les autorisations sont également susceptibles d'examen par le Tribunal de la concurrence australien (le Tribunal) à la demande de toute [TRADUCTION] « personne insatisfaite » ayant un [TRADUCTION] « intérêt suffisant » dans la décision en question.

VIII. NOUVELLE-ZÉLANDE

La *Commerce Act* (1986) (la Loi) reflète l'adoption, sous réserve de certaines modifications, du régime du droit de la concurrence australien par la Nouvelle-Zélande. Les deux pays s'étaient en effet engagés, dans le cadre du *Closer Economic Relations Treaty* de 1983, à harmoniser leur législation respective en matière de concurrence[168]. Par conséquent, l'approche générale et les éléments fondamentaux de la *Commerce Act* sont très semblables à ceux examinés plus haut relativement à la *Trade Practices Act* de l'Australie.

(a) Dispositions de fond

Comme la *Trade Practices Act* australienne, la *Commerce Act* combine une interdiction générale, des interdictions *per se* précises et un régime d'autorisation ou d'exemption. L'interdiction générale se trouve à l'article 27. Suivant cette disposition, les contrats, arrangements ou accords qui ont pour objet ou pour effet ou qui auront vraisemblablement pour effet de sensiblement réduire la concurrence dans un marché, ou qui tentent de diminuer la concurrence, sont illégales et non exécutoires[169]. Le texte des dispositions pertinentes est joint à l'annexe VI.

Les articles 30 et 34 prévoient que les accords visant à « fixer des prix » sont en soi illégaux. Suivant l'article 30, les ententes conclues entre concurrents pour « fixer » les prix de marchandises ou de services sont réputées diminuer sensiblement la concurrence. L'article 30 donne une définition large de l'expression [TRADUCTION] « fixation des prix », qui comprend le fait de fixer, de contrôler ou de maintenir le prix de marchandises ou de services, ou les rabais, remises, abattements ou crédits, quels qu'ils soient, exigés ou consentis en liaison avec des marchandises ou des services. Selon la Commission, les ententes susceptibles de tomber sous le coup de l'article 30 sont celles qui ont pour effet :

- d'établir une fourchette de prix;
- de mettre en place une formule ou un système de prix ou de rabais;
- de fixer des niveaux de crédit et d'abattement;

---

[167]Voir les par. 91B(3) et 91C(3).

[168]Adhar, précité, note 159, à la p. 129.

[169]Voir http://www.comcom.govt.nz/acts/comact/3restrictive.cfm.

- de fixer des niveaux de prix ou de rabais;
- de contrôler les éléments contribuant aux prix[170].

Comme dans le texte de loi australien, l'interdiction *per se* prévue à l'article 30 comporte trois exceptions : les coentreprises (art. 31), les prix recommandés (art. 32) de même que les ententes touchant les achats conjoints et la publicité commune (art. 33). Toutefois, dans tous ces cas, l'entente des parties demeure assujettie à l'interdiction générale faite à l'article 27 contre les accords qui ont pour objet ou pour effet de réduire sensiblement la concurrence[171].

Selon la Loi, la Commerce Commission (la Commission) peut également obtenir une injonction interdisant les comportements susmentionnés[172] ou négocier des règlements administratifs donnant lieu à la signature d'engagements[173]. De plus, la Commission ainsi que des demandeurs privés peuvent intenter, devant la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande, des poursuites contre les auteurs de présumées violations de la Loi. Les actes ou omissions contraires aux interdictions susmentionnées sont punissables par des amendes pouvant atteindre cinq millions de dollars (environ 3,2 millions de dollars CAN) pour une personne morale et 500 000 dollars dans le cas de personnes physiques[174]. Toutefois, la sanction la plus élevée infligée en vertu de la Loi depuis août 1998, ne dépasse pas 300 000 dollars, soit 6 pour 100 de l'amende maximale prévue pour les personnes morales contrevenantes[175]. Compte tenu des frais engagés par les entreprises pour se défendre contre les actions introduites par la Commission, cette dernière s'est déclarée préoccupée, tant sur le plan de la dissuasion que sur celui de l'application de la loi, de la réticence des tribunaux à prononcer de lourdes sanctions[176]. Elle signale que le montant peu élevé des amendes imposées par les tribunaux judiciaires lui nuit lorsqu'elle tente de négocier des sanctions avec les défendeurs. La Commission affirme également que, jusqu'à présent, les tribunaux judiciaires n'ont pas infligé des sanctions assez élevées pour avoir un effet dissuasif. Voici, selon la Commission, le point de départ approprié :

---

[170] *Ibid.*

[171] Voir www.comcom.govt.nz/acts/comact/3restrictive.cfm

[172] Voir l'art. 81.

[173] *Ibid.*

[174] *Ibid*; voir l'art. 80. Il faut mentionner que de récentes modifications proposées à la Loi auraient pour effet d'augmenter l'amende maximale applicable aux personnes morales à dix millions de dollars, d'ajouter une sanction maximale de rechange équivalant au triple de la valeur des gains réalisés illégalement et de préciser qu'il est possible d'infliger des dommages-intérêts exemplaires dans le cadre d'actions privées. Voir le Rapport annuel sur les nouvelles tendances en matière de politique de la concurrence en Nouvelle-Zélande (1999-2000), préparé par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE, à l'adresse suivante : http://www.oecd.org/daf/clp/annrep.htm.

[175] *Ibid*, à la p. 275.

[176] *Ibid.*

> [TRADUCTION]
> Pour être efficaces, les mesures de dissuasion doivent éliminer l'appât du gain qui pousse à entreprendre des activités illégales [...] Il s'agit notamment de tenir compte des gains nets qui devraient résulter de la contravention ainsi que de la probabilité de détection et de poursuites judiciaires.
>
> Il peut être tout à fait opportun, à certaines occasions, d'infliger des amendes beaucoup plus élevées que le gain réellement tiré par les entreprises impliquées.
>
> [...] Les gains escomptés seront vraisemblablement supérieurs aux profits réalisés jusqu'à la date où la contravention est constatée; et, dans les cas difficiles à déceler, comme les complots fondamentalement anticoncurrentiels, la sanction dissuasive la plus efficace correspondrait à un multiple du gain illégal prévu.
>
> [...] Quant à la norme civile prévue par la Loi, il serait opportun d'établir une fourchette allant de cinq à 40 pour 100 du chiffre d'affaires réalisé pendant au moins un an[177].

Après avoir signalé l'expérience fort concluante des États-Unis du point de la conformité à la loi, la Commission prône également l'ajout de sanctions criminelles dans la Loi[178].

(b) Autorisations et exemptions

Le régime de la Nouvelle-Zélande, comme celui de l'Australie, offre la possibilité de délivrer des [TRADUCTION] « autorisations » à l'égard des accords qui violent les dispositions susmentionnées, même ceux qui sont visés par l'interdiction *per se* relative à la fixation des prix[179]. En règle générale, ces autorisations ne peuvent être délivrées que si l'accord attaqué n'a pas encore été conclu[180]. Par contre, même si elles sont déjà conclues, les ententes peuvent faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où elles comportent une clause limitative retardant leur prise d'effet jusqu'à l'obtention d'une autorisation. On doit également signaler qu'il est établi dans la jurisprudence de la Commission que [TRADUCTION] « la simple présentation d'une

---

[177] *Ibid.* aux p. 275 et 276.

[178] *Ibid.* à la p. 276; voir aussi Stephen Corones, « Penalties for Price-Fixing: A Built-In Feature of How we do Business in Australia? », (1996) 24 Australian Business L. Rev. 160 (préconise le recours à des sanctions criminelles dans les cas de contraventions graves à la partie IV de la *Trade Practices Act*).

[179] Voir le par. 61(6) ([TRADUCTION] « ou est réputé en découler » [« *or is deemed to result therefrom* »]); voir aussi Adhar, précité, note 159, à la p. 131 (renvoyant à l'affaire *Re New Zealand Vegetable Growers Federation*, non publiée, 9 juillet 1987, n° 206).

[180] Voir l'art. 59.

demande d'autorisation ne constitue pas nécessairement une reconnaissance du fait que l'article 27 ou d'autres dispositions pertinentes s'appliquent à l'accord en question[181].

La Commission n'a pas le droit de délivrer une autorisation à moins d'être convaincue que, compte tenu de toutes les circonstances, l'accord entraînera ou entraînera vraisemblablement un [TRADUCTION] « avantage net pour le public »[182]. Comme dans le cas du modèle américain, la Commission doit effectuer une forme d'examen fondé sur la règle de la raison dans le cadre duquel l'avantage que retire le public de l'accord attaqué est mis en balance avec les effets anticoncurrentiels de ce dernier. Il importe de remarquer que la Loi omet de mentionner et de définir les éléments à prendre en compte pour apprécier l'avantage procuré au public. Par conséquent, dans l'affaire *Weddel*[183], la Commission a interprété l'expression [TRADUCTION] « avantage pour le public » d'une manière large et libérale : [TRADUCTION] « La Loi est rédigée en termes généraux et il ne paraît y avoir aucune restriction quant à la nature de l'avantage public allégué [...] Un avantage est une chose qui a de la valeur pour le public ». En outre, Adhar précise qu'on [TRADUCTION] « a insisté sur le fait que, malgré l'importance donnée à l'efficience économique dans la promotion de la concurrence, les divers genres d'avantages pour le public ne se limitent pas aux bénéfices d'ordre économique[184] ». Jusqu'à présent, ont été reconnus comme des avantages pour le public :

- les économies productives;
- les économies d'échelle;
- la réduction des coûts;
- une charge salariale unitaire moins élevée;
- une meilleure sécurité d'emploi;
- l'utilisation accrue des ressources de la Nouvelle-Zélande;
- une plus grande sécurité routière[185].

---

[181] *Weddel Crown*, non publiée, 22 juillet 1987, n° 205, à la p. 10 (citée dans Miriam R. Dean, « Collective Pricing - A Practical Guide to Section 30 of the Commerce Act 1986 », (1990) 20 Victoria University of Wellington L.R. 1, à la p. 19) [ci-après l'affaire *Weddel*].

[182] Voir le par. 61(6).

[183] Précité, note 181, aux par. 25(ii) et (iii).

[184] Adhar, précité, note 159, à la p. 139.

[185] Adhar, précité, note 159, à la p. 139.

Un ancien président de la Commission a indiqué que les avantages reconnus pour le public pouvaient aussi englober le développement régional, l'amélioration des compétences professionnelles et des possibilités d'emploi, les intérêts des employés de même que [TRADUCTION] « tout autre effet contribuant au bien-être du peuple de la Nouvelle-Zélande » (par ex., la liberté de la presse)[186]. Comme dans le régime australien, la tâche d'évaluer les avantages pour le public susceptibles de découler d'ententes anticoncurrentielles proposées n'appartient pas à la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande, qui est chargée de l'application des interdictions législatives susmentionnées, mais bien à la Commission. La Haute Cour n'examine que l'objet et l'effet – réels, vraisemblables ou réputés – de l'accord en question sur la concurrence; sa fonction ne s'étend pas à l'appréciation des autres effets possibles de l'entente attaquée, qu'ils soient de nature à accroître l'efficience ou autre. Le processus de notification et d'autorisation est un mécanisme institutionnel qui fait en sorte de ne pas dissuader les concurrents de collaborer entre eux lorsque cela favorise le jeu de la concurrence.

Selon l'article 61, il appartient au demandeur, pendant tout le processus d'autorisation, d'établir qu'il existe un « lien de causalité » entre l'accord et l'avantage public allégué[187], mais il n'est toutefois pas tenu de prouver qu'il n'y aurait pas de tel avantage en l'absence de l'entente attaquée. Néanmoins, lorsqu'elle appréciera le poids à donner à cet avantage, la Commission tiendra compte des éléments de preuve montrant qu'on pourrait obtenir l'avantage en question d'une façon moins préjudiciable[188]. En outre, tout inconvénient découlant d'un avantage allégué sera déduit de ce dernier avant que l'appréciation définitive n'ait lieu[189]. La Commission a énoncé les lignes directrices suivantes en ce qui concerne la preuve :

- nécessité de présenter des allégations précises et non des déclarations non étayées ou d'ordre général;
- nécessité de présenter des éléments de preuve montrant que les effets bénéfiques allégués sont vraisemblablement susceptibles de se concrétiser;
- nécessité de montrer que les avantages découleront effectivement de la proposition ou du comportement;
- nécessité de montrer que le peuple de la Nouvelle-Zélande en tirera un bienfait;
- opportunité d'établir quel segment du public sera ainsi avantagé;

---

[186] *Ibid.*

[187] *Ibid*, à la p. 142.

[188] Adhar, précité, note 159, à la p. 143.

[189] *Ibid*, à la p. 146.

- nécessité, si possible, de fournir une évaluation quantitative de l'avantage, même si l'on reconnaît qu'il est difficile de procéder à une telle évaluation et de chiffrer l'avantage sur le plan pécuniaire;

- caractère non pertinent des raisons ou des objectifs, sauf s'ils contribuent à établir quel sera vraisemblablement l'avantage[190].

En pratique, à tout le moins lorsque la Loi a commencé à être appliquée, les autorisations étaient délivrées avec parcimonie. En effet, la Commission a rejeté cinq des six premières demandes qui lui ont été présentées. Adhar affirme que, comme en Australie, les demandeurs assument un lourd fardeau[191]. De fait, la Commission n'a reçu aucune demande d'autorisation visant des pratiques restrictives du commerce lors de l'exercice 1999-2000. De surcroît, le rapport annuel de la Commission pour cet exercice révèle que, depuis 1996, seules sept demandes ont été reçues – quatre en 1996-1997 et trois en 1998-1999[192].

IX. AFRIQUE DU SUD

(a) Dispositions de fond

Semblable aux textes législatifs australien et néo-zélandais, la *Competition Act* (la Loi) prévoit notamment des interdictions *per se*, une interdiction générale visant les accords qui ont pour effet de diminuer sensiblement la concurrence ainsi qu'un régime de délivrance d'autorisations et d'exemptions. Les ententes horizontales qui ont pour objet de fixer les prix, de répartir des marchés ou des clients ou encore de truquer des soumissions sont en soi illégales[193]. Pour l'ensemble des autres accords, la Loi exige qu'on procède à une analyse fondée sur la règle de la raison afin de décider si l'entente en question a pour effet de empêcher ou réduire sensiblement la concurrence au sein d'un marché et si les avantages au regard de la concurrence qui découlent de l'entente (c.-à-d., sur le plan des technologies, de l'efficience ou autre) l'emportent sur le préjudice anticoncurrentiel qu'elle entraîne[194].

---

[190] *Amcor Ltd./N.Z. Forest Products Ltd.* (non publiée, 21 août 1987, n° 208, au par. 53) (citée dans Adhar, précité, note 168, à la p. 144); voir aussi *Goodman Fiedler Ltd/Wattie Industries Ltd.* (1987), 6 N.Z.A.R. 446, à la p. 449 (citée dans Adhar, précité, note 159, à la p. 144).

[191] Adhar, précité, note 159, à la p. 147.

[192] *Report of the Commerce Commission for the Year Ended 30 June 2000*, à la p. 34.

[193] Voir l'al. 4(1)(b).

[194] Voir l'al. 4(1)(a); Competition Commission South Africa, *General Brochure - 2000*, à l'adresse suivante : http://www.compcom.co.za/publications/LatestPublications.asp.

En présence de violations des interdictions *per se*, le Tribunal de la concurrence peut infliger des amendes administratives. Ces dernières [TRADUCTION] « ne peuvent excéder 10 pour 100 du chiffre d'affaires annuel réalisé par l'entreprise au sein de la République, y compris ses exportations à partir de celle-ci, au cours de son exercice précédent[195] ». En cas de violations de l'interdiction générale, le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance annulant l'accord ou empêchant les parties de se livrer à des pratiques contraires à la Loi. Le commissaire de la concurrence (le commissaire) peut aussi choisir la voie des négociations et obtenir des ordonnances par consentement[196]. En particulier, une ordonnance de cette nature peut, si le plaignant y consent, accorder des dommages-intérêts au commissaire.

(b) **Exemptions**

À l'exemple des régimes respectifs de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, la Loi prévoit un genre d'autorisation appelée [TRADUCTION] « exemption »[197]. Toutefois, contrairement à ces deux régimes, où l'autorisation joue un rôle analogue à la norme fondée sur la règle de la raison qui est appliquée aux États-Unis (bien qu'on y prenne en considération un ensemble plus vaste de facteurs), l'exemption sud-africaine intéresse presque exclusivement la politique du gouvernement (p. ex., la démocratisation sociale et économique) par opposition aux incidences d'ordre économique de l'accord attaqué. Il ne faut pas s'étonner de cette situation puisque les objets de la Loi comprennent la diversification de la propriété en faveur des membres de collectivités traditionnellement défavorisées, la promotion du bien-être social et économique des Sud-Africains ainsi que la création de nouvelles possibilités d'emploi[198]. Une exemption, conditionnelle ou non[199], peut être accordée lorsqu'une entente par ailleurs contraire à la Loi est nécessaire pour atteindre au moins un des objectifs suivants :

- maintien ou promotion des exportations;
- promotion de la compétitivité des petites entreprises qui sont sous le contrôle ou sont la propriété de personnes traditionnellement défavorisées;
- modification de la capacité de production en vue de faire cesser le déclin d'un secteur d'activité donné;

---

[195]Voir le par. 61(2).

[196]Voir l'art. 63.

[197]Voir l'art. 10 (Part C – Exemptions from Application of Chapter).

[198]Voir l'art. 2.

[199]Voir l'al. 10(2)(b).

- maintien de la stabilité économique au sein d'un secteur d'activité désigné par le ministre du commerce et de l'industrie[200].

Particulièrement, la Loi est muette sur la question de savoir si, dans l'éventualité où il est établi qu'une entente est nécessaire pour atteindre un des objectifs susmentionnés, la Commission peut néanmoins refuser d'accorder une exemption au motif que, par exemple, le préjudice anticoncurrentiel découlant de l'entente l'emporte sur la nature et l'importance de la contribution qu'offre cette dernière au regard de la réalisation de cet objectif. Comme pour les deux autres modèles, les exemptions peuvent être révoquées lorsqu'on arrive à la conclusion qu'elles ont été accordées à la lumière de renseignements faux ou inexacts, qu'une des conditions imposées par la Commission n'a pas été remplie ou que la raison pour accorder l'exemption a cessé d'exister[201]. À l'instar du texte législatif de la Nouvelle-Zélande, la Loi ne fixe aucun délai pour trancher une demande d'exemption.

X. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DES RÉGIMES AUSTRALIEN, NÉO-ZÉLANDAIS ET SUD-AFRICAIN

Ces régimes, qui ressemblent à celui des États-Unis, présentent en général tous les mêmes avantages et inconvénients en ce qui a trait aux règles *per se* et à la norme fondée sur la règle de la raison.

Sur la question de l'illégalité *per se*, Warner *et al.* affirment ce qui suit relativement à l'application, par ces pays, de leurs dispositions déterminatives respectives :

> [TRADUCTION]
> Les tribunaux judiciaires australiens et néo-zélandais ont apparemment connu les mêmes difficultés que les tribunaux judiciaires américains dans l'application de la règle de l'illégalité *per se*. À tout le moins dans certains cas, les tribunaux australiens n'ont pas réussi à appliquer la disposition déterminative à des accords de fixation des prix sans avoir à procéder à un examen des autres circonstances liées à ces accords[202].

Cependant, les auteurs omettent de répondre à une question encore plus fondamentale, soit celle de savoir si le libellé précis et détaillé (par rapport à l'article 1 de la *Sherman Act*) des dispositions législatives australiennes pertinentes a, dans une mesure appréciable, entraîné une diminution de la relative fréquence avec laquelle les tribunaux judiciaires de ce pays ont dû se pencher sur le problème de la « qualification », véritable fléau pour leurs homologues américains.

---

[200]Voir les al. 10(3)(a) et (b); *Ibid.*

[201]Voir le par. 10(5).

[202]Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 713. Il faut toutefois signaler que les auteurs ne renvoient à aucune jurisprudence à l'appui de cette assertion.

La *Competition Act* de l'Afrique du Sud, qui est entrée en vigueur le 1er septembre 1999, n'a pas encore été examinée de façon approfondie par les auteurs. Il n'existe toutefois aucune raison de penser, à la lumière du libellé du texte de loi ou d'autres éléments, que les obstacles et les difficultés rencontrés aux États-Unis, en Nouvelle-Zélande et en Australie seront évités en Afrique du Sud. De fait, si on suppose que l'importance du problème lié à la qualification est directement fonction du degré de précision de la rédaction législative, on peut avancer que le texte législatif sud-africain, qui définit en termes généraux les pratiques horizontales restrictives qu'il prohibe en soi, soulève des difficultés considérables du point de vue de la qualification.

Quant à la règle de la raison, il semble que des facteurs d'ordre non économique soient pertinents et admissibles dans le cadre des trois régimes, qu'il s'agisse d'éléments d'un examen comparable à l'analyse fondée sur la règle de la raison pratiquée aux États-Unis (voir Australie et, peut-être, Nouvelle-Zélande) ou d'une condition préalable à la délivrance d'une exemption fondée sur la politique gouvernementale (voir Afrique du Sud). En Afrique du Sud en particulier, l'exemption fondée sur la politique gouvernementale constitue un domaine encore inexploré pour ce qui est de la validité et de l'importance des facteurs non économiques. Il est permis de penser que l'exemption sud-africaine, qui s'applique à l'ensemble des pratiques horizontales restrictives, reflète l'opinion du législateur selon laquelle les Sud-Africains sont ou devraient être disposés à tolérer des prix supraconcurrentiels pour les marchandises et les services qu'on leur offre puisqu'il s'agirait du prix à payer pour l'avancement de la démocratisation et l'émancipation économiques et sociales. Reste à savoir dans quelle mesure la South African Commission donnera une interprétation libérale de son pouvoir en matière d'exemption. D'une façon plus générale, on peut soutenir[203], à l'égard des trois mécanismes, que l'absence de principes fondamentaux autorisant les tribunaux judiciaires à accepter ou rejeter des facteurs non économiques aura pour effet de rendre le droit incohérent et imprévisible. En outre, la présence d'objectifs multiples et, surtout, la combinaison d'objectifs d'ordre économique et non économique dans un même instrument d'orientation est la recette d'une politique manquée. Comme l'a fait remarquer la New Zealand Commission : [TRADUCTION] « Il n'est pas facile de trancher entre deux politiques gouvernementales[204] ». C'est particulièrement le cas lorsque les politiques comparées et mises en balance l'une avec l'autre sont de nature différente.

Enfin, relativement à la question des autorisations et des exemptions, l'absence, dans les textes législatifs néo-zélandais et sud-africain, de dispositions obligeant leur commission respective à se prononcer sur les demandes dans un délai donné peut faire en sorte de placer les entreprises dans une espèce de vide juridique pendant qu'elles attendent une approbation, ce qui cause nécessairement de l'incertitude et nuit, par le fait même, à l'efficacité de la planification d'entreprise.

---

[203] Veuillez noter qu'il y a une pénurie ou absence totale de doctrine et de critique concernant les modèles australien, néo-zélandais et sud-africain.

[204] *Amcor*, précitée, note 190, au par. 75 (citée dans Adhar, précité, note 159, à la p. 146). Dans cette affaire, la Commission devait apprécier l'avantage lié à [TRADUCTION] « l'utilisation des ressources et aux effets qui en découlent » en regard de l'atteinte à la concurrence.

XI. RÉSUMÉ DES APPROCHES ÉTRANGÈRES EN MATIÈRE DE RESTRICTIONS HORIZONTALES

Bien que chaque territoire examiné dans le présent rapport ait adopté des dispositions interdisant les restrictions horizontales, il existe des différences importantes quant à la source et à la nature de la prohibition pertinente. En effet, l'article 1 de la *Sherman Act* comporte une interdiction large, non assujettie à des normes, qui vise les pratiques restrictives horizontales. En raison de l'absence de prohibitions expresses à l'article 1, la portée et les limites de l'interdiction sont définies par des règles jurisprudentielles. À l'opposé, les régimes respectifs de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie prévoient une interdiction générale assortie d'interdictions législatives *per se* précises prohibant la fixation des prix ainsi que d'autres formes de conduites restrictives. De même, l'article 81 du Traité CE réunit une interdiction générale afférente aux accords qui ont pour objet ou pour effet de fausser la concurrence, ainsi qu'une liste non exhaustive d'accords prohibés. Enfin, le texte législatif sud-africain prévoit une liste exhaustive d'ententes illégales en soi et une interdiction générale visant tous les autres genres d'accords ayant pour effet de empêcher ou réduire sensiblement la concurrence.

Les divers régimes présentent en outre des différences importantes quant à la norme utilisée pour décider si un accord donné est prohibé. Dans le cadre des régimes américain et sud-africain, on applique une règle *per se* à certaines catégories d'ententes et une analyse fondée sur la règle de la raison pour tous les autres accords. Comme nous l'avons vu, le Traité CE prohibe les accords ayant pour objet ou pour effet de fausser ou de restreindre la concurrence, mais permet l'application d'une analyse approfondie fondée sur la règle de la raison lorsque les parties présentent une demande d'exemption. En matière d'accords qui diminuent sensiblement la concurrence, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont recours à des interdictions *per se* et à une interdiction générale, sous réserve de l'obtention d'une autorisation.

Seuls les États-Unis sont dépourvus d'un mécanisme de notification, d'exemption ou d'autorisation. En effet, les modèles de l'Union européenne, de l'Afrique du Sud, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande comportent tous des régimes similaires de notification et d'autorisation qui permettent aux autorités de réglementation d'octroyer une immunité relativement à certaines formes d'accords favorisant le jeu de la concurrence, même s'il s'agit d'ententes de fixation des prix ou d'ententes analogues. Sous réserve de certaines exceptions limitées, ces régimes prévoient également que les demandes d'autorisations sont accordées avec effet pour l'avenir. Les conséquences de la notification, de l'autorisation ou de l'exemption sont importantes dans les quatre régimes dotés d'un mécanisme de ce genre. Comme il l'a déjà été signalé, la notification, l'autorisation ou l'exemption constitue, en vertu du Traité CE ainsi que de la législation australienne, néo-zélandaise et sud-africaine, la condition préalable pour échapper à la responsabilité imposée par ces textes.

Les fondements de la délivrance d'exemptions varient eux aussi selon les divers États. À l'exception de rares cas, la décision d'accorder ou de rejeter une demande d'exemption présentée dans le cadre du régime de l'Union européenne repose uniquement sur des facteurs d'ordre

économique. En Australie et en Nouvelle-Zélande, tant les facteurs économiques que non économiques sont considérés comme pertinents pour trancher les demandes d'autorisation. Toutefois, en Afrique du Sud, les exemptions sont accordées ou refusées exclusivement en fonction de facteurs non économiques. Pour décider si une autorisation peut être délivrée en application des régimes de l'Union européenne, de l'Australie, de l'Afrique du Sud ou de la Nouvelle-Zélande, on procède à une analyse fondée sur la règle de la raison pour déterminer les avantages et les inconvénients liés à l'entente attaquée.

Quant à l'approche fondée sur le régime double, seul le modèle américain offre le choix entre un examen d'ordre criminel ou civil des accords mis en cause. En règle générale, c'est la nature de l'entente qui permet de décider si elle doit faire l'objet d'un examen criminel ou civil. Les autres régimes étudiés dans le présent rapport appliquent exclusivement sur un mécanisme d'examen civil. Cependant, chacun de ces régimes permet d'infliger des amendes considérables qui, bien qu'elles n'entraînent pas les mêmes stigmates qu'une condamnation au criminel, constituent des mesures dissuasives d'une appréciable efficacité.

Du point de vue des mesures correctives, les modèles américain et sud-africain présentent des caractéristiques toutes particulières. Seul le régime américain autorise le recouvrement du triple des dommages subis et l'emprisonnement des individus condamnés pour avoir passé outre à l'interdiction relative aux restrictions horizontales. De même, seul le texte législatif sud-africain envisage la possibilité de rendre une ordonnance s'apparentant à une exécution en nature (c.-à-d., une ordonnance enjoignant à la partie déclarée coupable de s'être livrée à une pratique prohibée de fournir ou de distribuer des marchandises ou des services à un tiers). Il convient de signaler que tous les régimes prévoient que des parties privées peuvent prendre l'initiative de faire appliquer les interdictions relatives à la collaboration entre concurrents.

Notre examen révèle aussi des différences structurelles importantes entre les régimes adoptés par ces ressorts en matière de concurrence. Les États-Unis ont un régime double, criminel et civil, s'appuyant sur les modèles juridictionnels de prise de décision, par opposition au régime des instances décisionnelles administratives qui prédomine en Europe, à tout le moins en ce qui concerne la délivrance d'exemptions. Ces différences de structure sont souvent à l'origine des critiques formulées dans chacun de ces territoires. On critique le système américain parce qu'il est coûteux et incertain, et le système européen parce qu'il est bureaucratique et lent. Face à ces deux extrêmes, le Canada a choisi le moyen terme.

XII. LEÇONS TIRÉES DE L'EXAMEN COMPARATIF

(a) Définition de l'interdiction

L'expérience américaine touchant l'article 1 de la *Sherman Act* indique que les interdictions *per se* constituent des mesures efficaces de dissuasion et de réparation au regard des ententes injustifiables. En particulier, elle montre que les interdictions *per se* sont moins coûteuses à exécuter et qu'elles offrent une certitude et une prévisibilité accrues. Comme il l'a été mentionné

plus haut, l'enquête *per se* visant à déterminer si la conduite illicite a effectivement eu lieu – l'unique question à trancher dans le cadre d'une analyse *per se* – permet une économie de temps et d'argent comparativement à l'enquête approfondie concernant les effets sur la concurrence qu'exige la règle de raison. De surcroît, l'approche catégorique suivie dans le cadre de la règle de l'interdiction *per se* est garante du prononcé de décisions judiciaires plus uniformes et prévisibles, et offre donc davantage de certitude pour l'industrie. En plus d'entraîner des dépenses plus élevées et des délais plus longs, comme il l'a été signalé relativement aux modifications proposées à l'égard du Traité CE, le recours à l'analyse fondée sur la règle de la raison risque de faire en sorte que les règles de la concurrence soient écartées pour des raisons d'ordre politique.

Cependant, l'expérience américaine met aussi en lumière l'inconvénient lié aux interdictions *per se*, à savoir que leur manque de souplesse est susceptible d'entraîner la condamnation de collaborations entre concurrents avantageuses. Selon Warner *et al.*, [TRADUCTION] « même une interdiction criminelle *per se* visant la fixation non déguisée de prix ne peut être formulée avec une totale précision, et elle visera inévitablement des accords potentiellement bénéfiques pour la concurrence[205] ». De plus, l'application d'une règle *per se* nécessite la tenue d'une enquête préliminaire pour déterminer si l'entente attaquée relève de l'interdiction *per se* en question. Les avantages, tant pour l'administration de la justice que pour les parties au litige, liés au coût de la règle *per se* sont évidemment perdus s'il se révèle nécessaire de procéder à une analyse, approfondie ou même partielle, fondée sur la règle de la raison avant de condamner une entente pour cause d'illégalité *per se*. En outre, le problème que soulève la qualification de l'entente a des conséquences défavorables sur la certitude et la prévisibilité qui devraient caractériser la règle *per se*. En résumé, l'efficience et la clarté de l'approche *per se* américaine pourraient, à un degré qu'il est impossible de préciser, s'avérer plus apparentes que réelles.

Notre examen comparatif indique qu'une disposition législative qui déterminerait (et, dans la mesure du possible, définirait) de manière expresse et précise les genres d'ententes qui sont prohibés en soi, comme le font l'article 45A de la *Trade Practices Act* australienne et l'article 30 de la *Commerce Act* néo-zélandaise, permettrait de restreindre la non-efficience et l'incertitude découlant de la difficulté de qualification évoquée ci-haut. Notre étude montre également qu'il existe un moyen de limiter la portée excessive des interdictions *per se* qui résulte de leur manque de souplesse : il suffit d'adopter des dispositions prévoyant une façon d'exempter la catégorie limitée d'accords qui, à strictement parler, violent ces interdictions, mais qui, en raison de leurs avantages potentiels sur le plan de la concurrence, ne devraient pas être condamnés ou, à tout le moins, ne devraient pas l'être sommairement.

À la lumière du modèle américain, une des options possibles consiste à simplement analyser suivant la règle de la raison les accords attaqués qui pourraient favoriser le jeu de la concurrence. Dans le cadre d'une analyse de ce genre, le Tribunal (ou les tribunaux judiciaires) jouirait de la souplesse nécessaire pour distinguer les collaborations qui sont avantageuses sur le plan de la

---

[205] Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 716.

concurrence et qui favorisent le bien-être de celles qui ne remplissent pas ces conditions. Toutefois, comme le signalent la Commission européenne et certains auteurs de doctrine opposés à l'intégration de la règle de la raison au paragraphe 81(1) du Traité CE, la mise en oeuvre de cette règle ne peut se réaliser que graduellement, au fil des décisions successives, et ne fournirait donc pas de solution rapide aux préoccupations du Bureau de la concurrence relatives à l'application de la loi. En outre, on peut avancer que l'approche fondée sur la règle de la raison entraînera une plus grande incertitude puisqu'il faudra, dans chaque cas, procéder à une évaluation et à une analyse complexes du marché pour décider si les avantages proconcurrentiels de l'entente attaquée l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels. Bien sûr, une analyse de ce genre se traduirait également par un accroissement des délais, du coût et de la complexité du processus d'application de la loi. À titre connexe, comme les tribunaux judiciaires seraient responsables de l'évolution de l'analyse fondée sur la règle de la raison, il serait difficile de prévoir l'orientation de cette évolution, laquelle pourrait se révéler incompatible avec les objectifs en matière de politiques fixés par le commissaire.

Le mécanisme de notification, d'autorisation ou d'exemption constitue une deuxième option qui, comme nous l'expliquerons, permet d'éviter plusieurs des lacunes associées à l'approche américaine de l'analyse fondée sur la règle de la raison. Comme il l'est mentionné plus haut, le paragraphe 81(3) du Traité CE prévoit un mécanisme de ce genre, à l'instar des textes législatifs australiens et néo-zélandais. Comme dans le modèle américain, une analyse approfondie fondée sur la règle de la raison est appliquée pour établir s'il y a lieu d'accorder une exemption. À l'opposé du modèle américain, toutefois, le mécanisme a véritablement pour effet de soustraire certains accords à l'application des interdictions prévues par la loi, qu'il s'agisse d'interdictions *per se* ou autres. Suivant le paragraphe 81(3) du Traité CE, l'article 88 de la *Trade Practices Act* et les articles 58 et 61 de la *Commerce Act*, les autorités chargées de l'application de la loi jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de valider des ententes en raison des circonstances particulières de chaque cas. Autre différence d'avec le modèle américain, c'est l'organisme d'application de la loi compétent, et non les tribunaux judiciaires, qui a le pouvoir exclusif (du moins en premier lieu) d'autoriser ou d'exempter une entente qui, par ailleurs, violerait une interdiction législative. Ce modèle administratif d'exemptions permet d'éviter les problèmes observés dans le régime américain, y compris celui du coût et de l'incertitude qu'entraîne le modèle purement juridictionnel. En particulier, les entreprises de l'Union européenne ont fait savoir qu'elles appuyaient le régime actuel de notification et d'exemption en raison de la certitude juridique qu'il apporte.

En revanche, à la lumière de la voie choisie par l'Union européenne, nous signalons que, pour rendre un régime de notification ou d'autorisation le plus efficace possible, il faut éviter les processus lourds ou qui demandent beaucoup de temps. Au sein de l'Union européenne, l'accumulation de cas assujettis au processus de notification a occasionné des retards considérables qui pourraient avoir dissuadé des parties de conclure des alliances potentiellement avantageuses sur le plan de la concurrence. Cette situation semble être le fait d'un régime dont la portée est excessive et qui, selon le paragraphe 81(2), rend nulles toutes les formes d'ententes qui tombent sous le coup de la portée étendue du paragraphe 81(1) et à l'égard desquelles aucune

notification n'a été présentée. Comme nous l'exposons plus loin, il serait probablement possible d'assouplir le processus de notification si seules les ententes qui renferment des clauses de fixation des prix ou d'autres stipulations analogues devaient y être assujetties pour conserver leur validité provisoire.

(b) Régime double

L'expérience américaine montre les avantages d'un processus d'examen civil et criminel des accords de collaboration entre concurrents. Les mesures de dissuasion constituent le mode d'application de la loi le moins onéreux et les sanctions criminelles remplissent très bien ce rôle. De surcroît, les sanctions criminelles sont incontestablement appropriées dans le cas d'ententes injustifiables, qui sont par définition préjudiciables aux consommateurs. Comme nous l'avons déjà signalé, l'efficacité des sanctions criminelles pour ce qui est de faire respecter la loi a incité la Commerce Commission de la Nouvelle-Zélande à préconiser l'ajout de telles sanctions à la loi applicable. En outre, comme l'a déclaré le sous-procureur général lorsqu'il a défini l'essentiel de la mission de la Criminal Antitrust Enforcement Division du Département de la justice :

> [TRADUCTION]
> La fixation des prix et les autres infractions à la *Sherman Act* sont l'antithèse de la libre concurrence. Ces comportements sont criminels précisément parce qu'ils entraînent une augmentation des prix et une diminution de la qualité et du choix. En un sens étroit, comme je l'ai mentionné, ils soustraient de l'argent aux Américains. En un sens plus large – et tout aussi important –, les violations criminelles antitrust minent la structure économique de notre société. Les crimes antitrust sont antisociaux, tout autant que la fraude et le vol qualifié. Il deviendrait impossible pour la société qui tolérerait de tels crimes de maintenir sa liberté économique, tout comme la société qui tolérerait le meurtre ne pourrait conserver longtemps sa liberté physique[206].

D'un autre côté, comme nous l'avons signalé, le Département de la justice reconnaît aussi que les poursuites criminelles ne sont pas indiquées en présence d'un désaccord légitime sur la question de savoir si les avantages concurrentiels d'une entente surpassent ses effets anticoncurrentiels. Dans ces cas, le Département a admis qu'un examen de nature civile pouvait se révéler préférable à un examen de nature criminelle et ce, même pour les accords qui sont habituellement qualifiés d'illégaux en soi[207]. Dans la même veine, après avoir fait remarquer que l'appréciation de l'effet final sur la concurrence de collaborations entre concurrents donne souvent naissance à des désaccords légitimes, Ross a déclaré qu'il [TRADUCTION] « paraît difficile d'approuver la menace de poursuites criminelles et la possibilité d'emprisonnement et de stigmate social qui en

---

[206]Voir Anne K. Bingman et Gary R. Spratling, « Criminal Antitrust Enforcement » (février 1995), à l'adresse suivante : http://www. usdoj.gov/atr/public/speeches/95-02-23.htm.

[207]Voir le *Antitrust Division Manual*, précité, à la note 80.

découle[208] » pour tous les cas de restriction horizontale. Il faut en outre se rappeler que la procédure criminelle, avec son rigoureux fardeau de la preuve, peut occasionner des délais importants et des frais élevés pénalisant à la fois les responsables de l'application de la loi et ceux dont la conduite fait l'objet de poursuites.

(c) Facteurs sociaux et autres considérations non économiques

Dans une plus ou moins grande mesure, les modèles européen, australien, néo-zélandais et sud-africain reconnaissent la pertinence des facteurs sociaux et d'autres considérations « non économiques » (c.-à-d., les considérations n'ayant pas de lien avec l'efficience économique) pour décider s'il y a lieu d'accorder une exemption ou une autorisation. Par exemple, l'ACCC a expressément déclaré que, pour déterminer si une entente doit faire l'objet d'une autorisation, elle tiendra compte d'avantages non économiques, notamment la croissance de l'emploi dans des régions données ou l'harmonie au sein de l'industrie. Comme il en sera question plus loin, on peut soutenir que l'ajout de facteurs non économiques porte atteinte à la cohérence et à la prévisibilité du droit parce qu'il n'existe aucun principe essentiel pouvant fonder l'acceptation ou le rejet de facteurs de cette nature. De plus, même si nous reconnaissons que, dans sa forme actuelle, l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* admet de façon expresse une exception étroitement libellée visant les arrangements ne concernant que l'exportation de produits du Canada[209], nous estimons que l'introduction sans restriction de facteurs non économiques dans l'analyse fondée sur l'article 45 constituerait un changement d'orientation très important qui risquerait de donner un caractère politique aux principes de la concurrence dans notre pays. Nous relevons également qu'aucun auteur de doctrine canadien s'intéressant à la politique de concurrence n'appuie de quelque façon l'élargissement de l'analyse fondée sur la règle de la raison pour tenir compte de facteurs non économiques. Il est toutefois possible que la mondialisation accrue exerce sur la politique de concurrence une pression propre à faire mettre en balance la compétitivité mondiale des entreprises canadiennes et les effets anticoncurrentiels à court terme sur les marchés intérieurs canadiens.

(d) Éléments essentiels d'un article 45 modifié

Il ressort de l'examen qui précède que l'article 45, une fois modifié, devrait revêtir les attributs suivants :

- il devrait interdire les ententes injustifiables au moyen d'une disposition criminelle *per se*;
- il devrait énumérer de façon précise les genres d'arrangements visés par l'interdiction *per se*;

---

[208]Ross, précité, note 7, à la p. 867.

[209]Voir les par. 45(5) et (6); voir également l'al. 49(2)*a*).

- les arrangements qui ne tombent pas sous le coup des interdictions *per se* devraient, en application d'une disposition civile, être assujettis à une analyse approfondie fondée sur la règle de la raison;

- les parties devraient pouvoir bénéficier d'une exception les soustrayant à l'application des dispositions criminelles *per se* lorsque les avantages sur le plan de la concurrence de l'arrangement potentiellement criminel sont supérieurs à ses effets anticoncurrentiels.

XIII. CRITIQUE DE L'ARTICLE 45 : ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA RÉFORME

Il existe certaines différences appréciables entre l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* et les autres régimes examinés plus haut. Par exemple, contrairement à l'analyse fondée sur la règle de la raison prévue à l'article 1 de la *Sherman Act* et au paragraphe 81(3) du Traité CE, l'article 45 ne prévoit qu'une règle de raison « partielle ». En effet, comme l'a confirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society* :

> L'alinéa 32(1)*c*) [maintenant l'article 45] de la Loi se trouve quelque part dans le continuum allant de la règle *per se* à la règle de la raison. Il permet l'examen des effets de l'accord néfastes à la concurrence, contrairement à une règle *per se*, qui pourrait prescrire que tous les accords qui réduisent la concurrence engagent la responsabilité. En revanche, il n'autorise pas l'étude minutieuse des avantages et des inconvénients de l'accord sur le plan économique, comme le ferait une règle de la raison[210].

En outre, contrairement à la *Sherman Act*, telle qu'elle est interprétée et appliquée par les tribunaux judiciaires des États-Unis, l'article 45 ne comporte aucune interdiction *per se* implicite. En droit canadien, le ministère public ne peut se contenter d'établir que l'entente interdite a été conclue ou a pris effet. Il doit plutôt prouver, relativement à l'*actus reus* de l'infraction, que si l'entente était exécutée, elle aurait vraisemblablement pour effet de réduire indûment la concurrence au sein du marché pertinent. Par comparaison, les articles 47 et 49 de la *Loi sur la concurrence* prévoient respectivement des infractions *per se* relatives au truquage des offres et aux ententes intervenues entre des institutions financières fédérales. De plus, l'article 45 comporte deux exigences distinctes en ce qui concerne la *mens rea* :

(i) l'exigence de la *mens rea* subjective – l'accusé doit avoir eu d'une part l'intention subjective de conclure l'accord attaqué et d'autre part connaissance des conditions de cet accord;

---

[210] [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 650.

(ii) l'exigence de la *mens rea* objective – l'accusé devait ou aurait dû savoir que l'accord aurait pour effet de diminuer indûment la concurrence[211].

Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotie Pharmaceutical Society*, le juge Gonthier a déclaré ce qui suit relativement à l'élément objectif de la *mens rea* :

> Afin de satisfaire à l'élément objectif de l'infraction, le ministère public doit démontrer que, selon une interprétation objective de la preuve présentée, l'accusé avait l'intention de diminuer indûment la concurrence. [...] [I]l serait logique de présumer qu'un homme ou une femme d'affaires raisonnable qui, peut-on supposer, connaît bien son commerce savait ou aurait dû savoir, qu'un tel accord était susceptible de diminuer indûment la concurrence[212].

Les auteurs de doctrine ont critiqué l'article 45 en précisant que cette disposition est vague et mal fondée sur le plan économique. À titre d'exemple, dans leur ouvrage intitulé « Rethinking Price Fixing Law », Warner *et al.* décrivent ainsi les inconvénients du régime actuel :

> [TRADUCTION]
> L'interdiction actuelle est trop limitatiave puisqu'elle permet de valider des arrangements manifestement anticoncurrentiels. [...] Comme elle oblige le ministère public à établir, suivant la norme de preuve criminelle, qu'un arrangement a diminué « indûment » la concurrence, il arrive que cette interdiction permette à des parties à une entente de fixation de prix d'éviter la condamnation [...]
>
> Parallèlement, l'interdiction actuelle est trop large parce qu'elle assujettit l'ensemble des arrangements horizontaux aux interdictions criminelles et jette un doute sur de nombreuses ententes susceptibles d'accroître le bien-être de la population. Exception faite des cas évidents de fixation des prix, les effets d'un grand nombre d'arrangements horizontaux sur le bien-être sont ambigus, et les accords qui produisent ce genre d'effets ne devraient pas faire l'objet de mesure de dissuasion et ne nécessitent pas de sanctions criminelles[213].

Les résultats de l'application de l'article 45 jusqu'à présent militent également en faveur d'une réforme. Dans leur ouvrage intitulé « Au-delà de l'amusement et de la détente : Le traitement des complots en vertu de la *Loi sur la concurrence* du Canada »[214], Robert Jackson et Harry Chandler

---

[211]Davies, Ward & Beck, *Competition Law of Canada* (2000), à la p. 8-7.

[212]Précité, note 210, à la p. 660.

[213]Warner *et al.*, précité, note 70, aux p. 690 et 691.

[214]Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://strategis.ic.gc.ca.

examinent comment on a traditionnellement appliqué cette disposition. Comme il l'a déjà été mentionné, parmi les 51 affaires introduites en application de l'article 45 depuis 1980, 29 ont donné lieu à des plaidoyers de culpabilité. La donnée la plus frappante du rapport, toutefois, est que sur les 22 affaires contestées sous le régime de l'article 45, le ministère public n'a obtenu gain de cause que dans trois d'entre elles. En outre, des 17 affaires conclues par un acquittement ou une absolution, Jackson et Chandler précisent que six résultent de l'omission d'établir l'existence d'un accord et les 11 autres de l'omission d'établir que l'arrangement diminuait indûment la concurrence ou qu'il était de l'intention des parties que l'arrangement produise cet effet. Il s'agit d'une situation particulièrement préoccupante en ce que chacune de ces poursuites avait trait à une entente injustifiable, visant notamment des accords de fixation de prix ou de partage de marchés. Comme le signalent les auteurs Jackson et Chandler :

> Un examen des cas mentionnés à l'annexe I permet de constater que tous portaient sur un comportement anticoncurrentiel flagrant – principalement la fixation des prix, le partage du marché ou le truquage des offres. Aucun de ces cas ne concernait ce qu'on appelle parfois des alliances stratégiques, par exemple l'association d'entreprises concurrentes dans le but de faciliter l'échange de connaissances, de compétences et de technologies, de pénétrer sur de nouveaux marchés à un coût moindre et avec moins de risque, de favoriser l'innovation et la croissance, de lancer plus rapidement des produits sur le marché, de surmonter les obstacles juridiques ou commerciaux, de réaliser des économies d'échelle et de diversification, ou d'être plus concurrentiel à l'égard de rivaux de plus grande taille en offrant une gamme de produits plus vaste[215].

Ils arrivent à la conclusion que « les résultats laissent croire que le plus difficile dans les poursuites fondées sur l'article 45 est d'établir le " caractère indu "[216] ».

XIV. PROPOSITIONS DE RÉFORME

(a) Objectifs de nature législative

À notre avis, tout modèle soumis lors de l'examen de propositions de réforme devrait être évalué en fonction des objectifs suivants :

- application cohérente et rentable de la loi;
- certitude et prévisibilité tant pour les autorités chargées de l'application de la loi que pour ceux dont le comportement risque de faire l'objet d'un examen;

---

[215] *Ibid.* aux p. 5 et 6 de 23.

[216] *Ibid.* à la p. 7 de 23.

- souplesse suffisante pour permettre de distinguer les ententes entre concurrents qui favorisent la concurrence de celles qui lui nuisent;

- sanction adéquate des collaborations préjudiciables sur le plan économique sans pour autant nuire aux efforts engagés en vue de la conclusion de nouvelles ententes de coopération favorisant la concurrence;

- harmonisation du traitement réservé aux accords de collaboration et aux fusionnements [217].

(b) Modèles précédemment proposés

On a déjà proposé deux modèles législatifs principaux en ce qui concerne l'article 45. Dans « Rethinking Price Fixing Law », les auteurs Presley Warner et Michael Trebilcock proposent le modèle du régime double (le modèle Trebilcock-Warner) composé de quatre éléments fondamentaux : a) une interdiction criminelle *per se* redéfinie ne ciblant que les arrangements non déguisés (et secrets) de fixation des prix; b) un mécanisme d'avis *ex ante* offrant une [TRADUCTION] « immunité immédiate et permanente contre la responsabilité criminelle[218] » aux parties qui avisent le Bureau de la concurrence [TRADUCTION] « avant la date à laquelle l'arrangement prend effet ou dans les 30 jours suivants son exécution[219] »; c) un processus d'examen de nature civile des arrangements ayant fait l'objet d'un avis et qui, suivant le commissaire, sont anticoncurrentiels; et d) des modifications connexes à la Loi visant à adopter, eu égard aux arrangements horizontaux, les mesures de protection d'ordre procédural applicables en matière d'examen de fusionnements.

Sous le modèle Trebilcock-Warner, l'immunité relative aux poursuites criminelles ne dépendrait pas de l'acceptation, par le commissaire, d'un arrangement ayant fait l'objet d'un avis; elle découlerait plutôt de l'avis lui-même. Les auteurs avancent que le fait de rendre l'immunité criminelle automatique dès que l'avis est donné permettrait d'éviter les délais et le fardeau administratif qu'entraîne le régime prévu par le Traité CE[220]. Bien que la remise d'un avis empêche l'introduction de poursuites criminelles, le commissaire, suivant le modèle Trebilcock-Warner, conserverait le droit de demander une réparation de nature civile relativement à tout arrangement ayant fait l'objet d'un avis, qu'il considère anticoncurrentiel. Warner *et al.* proposent que le processus d'examen des fusionnements soit adopté pour l'examen civil des arrangements ayant fait l'objet d'un avis. Ainsi, ces arrangements constitueraient des pratiques susceptibles d'examen, au sens de la partie VIII de la Loi, et le Tribunal appliquerait donc la

---

[217]Ross, précité, note 7, aux p. 869 et 870.

[218]Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 718.

[219]Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 717.

[220]Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 719.

norme de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence » prévue à l'article 92 de la Loi pour l'examen des ententes[221]. Par ailleurs, les parties qui allèguent la validité d'un arrangement ayant fait l'objet d'un avis pourraient invoquer le moyen de défense fondé sur l'efficience qui se trouve à l'article 96 de la Loi[222]. Enfin, Warner *et al.* proposent que l'article 36 de la Loi soit modifié afin de faire déclarer inexécutoire tout arrangement contraire à l'interdiction criminelle et de prohiber les poursuites privées en matière d'accords ayant fait l'objet d'un avis.

Le modèle proposé par le projet de loi C-472 ressemble beaucoup au modèle Trebilcock-Warner. Ce projet de loi aurait donné lieu à la modification de l'article 45 par l'ajout d'une interdiction criminelle visant tout accord collusoire conclu entre un ou plusieurs concurrents qui :

> [...] s'il était mis en oeuvre, aurait ou aurait vraisemblablement pour effet :
>
> *a*) de fixer, établir, contrôler ou maintenir le prix minimum d'un produit;
>
> *b*) de répartir des marchés, territoires, clients ou ventes du produit entre la personne et le concurrent;
>
> *c*) de boycotter un concurrent ou les fournisseurs ou clients d'un concurrent;
>
> *d*) d'empêcher, éliminer, diminuer ou de tout autre façon limiter la production ou l'approvisionnement d'un produit.

Tous les autres arrangements auraient, en application d'une disposition civile complémentaire[223], fait l'objet d'un examen à la suite duquel le commissaire aurait été autorisé à demander au Tribunal de rendre des ordonnances correctives à l'égard de ceux qui, selon la preuve, auraient eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence[224]. Le projet de loi C-472 aurait également assorti l'interdiction d'exceptions expresses en matière de restrictions auxiliaires et d'arrangements entre participants qui ne détiennent pas ensemble 25 pour 100 ou plus du marché pertinent[225].

---

[221]Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 720.

[222]Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 721.

[223]Voir l'art. 79.1.

[224]Voir l'art. 79.1.

[225]Voir les al. 45(7)*d*) et *e*).

Comme le modèle Trebilcock-Warner, le projet de loi C-472 établissait un régime d'avis, mais celui-ci différait à deux égards de celui prévu par le modèle Warner. En premier lieu, même s'il prévoyait lui aussi l'obligation de donner un avis relatif aux accords potentiellement criminels, lequel aurait entraîné une immunité automatique contre des poursuites criminelles, le projet de loi C-472 n'exigeait pas que l'avis soit donné préalablement à la conclusion de l'arrangement[226]. Les parties auraient plutôt eu la possibilité de donner l'avis et de se prémunir contre des poursuites criminelles à n'importe quel moment. En second lieu, le projet de loi, prévoyait la délivrance, mais uniquement avant la conclusion d'une entente, de certificats d'autorisation valides pour trois ans qui auraient eu pour effet de protéger l'arrangement ayant fait l'objet d'un avis tant d'un examen civil que de poursuites criminelles[227]. À l'opposé, le modèle Trebilcock-Warner prévoit que les arrangements ayant fait l'objet d'un avis sont soustraits à un examen d'ordre criminel, mais demeurent assujettis à un examen civil devant le Tribunal, à la discrétion du commissaire.

(c) Préoccupations soulevées par les propositions antérieures

(i) « Entre concurrents »

L'interdiction criminelle proposée dans le projet de loi C-472 constitue un précédent utile. En fait, celle que nous recommandons plus loin intègre un grand nombre de ses caractéristiques. Nous constatons toutefois qu'à l'exemple de l'interdiction formulée par Warner *et al.*, le projet de loi C-472 prohibe seulement les arrangements entre concurrents[228]. À notre avis, cette restriction pose quelques problèmes. Tout d'abord, pour déterminer si les parties à un arrangement sont des concurrents véritables, ou même potentiels, le décideur doit se pencher sur la question complexe de la définition du marché, alors que le processus devait plutôt consister en un examen de nature sommaire. De plus, l'interdiction criminelle établie par le projet de loi C-472 aurait été inapplicable aux arrangements entre des concurrents potentiels ou des parties ayant une relation verticale. Nous reconnaissons par ailleurs que la présomption économique fondant l'application des interdictions *per se* aux ententes injustifiables entre concurrents, savoir la certitude de leurs effets anticoncurrentiels, pourrait ne pas s'appliquer aux arrangements entre parties non en concurrence, ce qui rendrait encore plus nécessaire l'examen des effets nets de ces ententes sur la concurrence dans ces cas particuliers.

En outre, aucun des régimes étrangers étudiés plus haut ne limite l'application de l'interdiction aux seuls accords entre concurrents. Le paragraphe 81(1) s'applique de manière large aux « accords entre entreprises [et] décisions d'associations d'entreprises ». De même, selon les Lignes directrices conjointes, le terme [TRADUCTION] « concurrent » [TRADUCTION] « englobe à la fois les concurrents réels et les concurrents potentiels ». En règle générale, l'article 45 de la *Trade Practices Act* australienne s'applique tant aux concurrents réels que

---

[226]Voir l'al. 45(7)c).

[227]Voir le par. 79.2(2).

[228]Voir le par. 45(1); Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 717.

probables. Le texte législatif de la Nouvelle-Zélande s'applique aux [TRADUCTION] « personnes » en général et à la concurrence réelle, probable ou potentielle en matière d'accords de fixation des prix en particulier. Les interdictions *per se* énoncées dans le texte législatif de l'Afrique du Sud s'appliquent quant à elles aux [TRADUCTION] « parties ayant des rapports juridiques » et aux [TRADUCTION] « entreprises ou associations d'entreprises ».

(ii) Exception relative à la part de marché

L'exception fondée sur la part de marché de 25 pour 100 énoncée à l'alinéa 45(7)*e*) du projet de loi C-472 est inhabituelle et mérite qu'on s'y intéresse. Cette disposition permet aux parties qui ont conclu une entente injustifiable de se soustraire à l'application de l'interdiction uniquement en raison de leur présence sur le marché, ou de leur absence de celui-ci, peu importe l'effet du comportement et le degré de concentration au sein du marché pertinent. Pour illustrer les pièges liés au fait d'insister exclusivement sur la part de marché, il convient de renvoyer à un exemple donné dans l'article de Ross :

> [TRADUCTION]
> Un exemple donné par Bork concerne un accord de publicité collective conclu entre un petit nombre de pharmaciens dans une ville importante. Afin de réaliser des économies d'échelle en matière de publicité, ils ont convenu de préparer une publicité commune et d'honorer les prix mentionnés. Bien qu'il s'agisse manifestement (en partie) d'une entente visant à fixer les prix, l'arrangement ne peut avoir une incidence défavorable sur la concurrence (puisque l'ensemble des détaillants ne sont à l'origine que d'une fraction minime des ventes effectuées dans la ville) et est de fait avantageux dans la mesure où il améliore l'information donnée au sein du marché et diminue les frais de publicité.

Si l'on applique l'exception proposée dans le projet de loi C-472 à l'exemple ci-dessus, et si l'on présume que les pharmaciens dont il est question constituent ensemble 25 pour 100 du marché et que le marché n'est pas fortement concentré, étant constitué d'un nombre appréciable de concurrents d'une importance comparable ou supérieure à celles des parties à l'entente, l'arrangement de publicité proposé n'aura pas d'incidence sensible sur la concurrence et ne devrait pas faire l'objet des interdictions *per se* proposées dans le projet de loi C-472. En revanche, dans l'hypothèse où l'arrangement proposé touche deux pharmacies qui détiennent ensemble 25 pour 100 du marché et où la part restante du marché est détenue par une chaîne contrôlée par une entité unique, l'arrangement proposé aurait vraisemblablement pour effet de réduire sensiblement la concurrence et d'accroître encore plus le risque d'un comportement interdépendant chez les participants du marché.

En outre, à titre de comparaison, les ententes injustifiables ne sont pas assujetties à la doctrine *de minimus* applicable sous le régime du droit régissant l'Union européenne. Selon la

Communication concernant les accords d'importance mineure (97/C 372/04)[229], les accords horizontaux ou verticaux qui ont pour effet de fixer les prix, de restreindre la production ou les ventes, de partager des marchés ou des sources d'approvisionnement ou, dans le cas d'accords verticaux, d'offrir une protection territoriale aux participants ou à des tiers, ne peuvent bénéficier de cette exclusion quelle que soit la part totale du marché des participants. La doctrine *de minimus* ne s'applique pas non plus lorsque le marché est fortement concentré, même si les parts de marché respectives des participants sont petites. Dans le même ordre d'idées, la Cour suprême des États-Unis a confirmé, dans l'affaire *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*[230], que l'absence de puissance commerciale ne constitue pas un moyen de défense valable en matière d'illégalité *per se*.

En fait, aucun des régimes examinés plus haut ne comporte d'exception fondée exclusivement sur la part de marché. D'un point de vue pratique, nous signalons également qu'il est probable que l'application de cette exception exige une définition complète du marché pertinent, ce qui réduirait l'efficacité des interdictions prévues à l'article 45.

C'est pourquoi nous ne sommes pas en faveur d'une exception législative fondée sur la part de marché. Comme solution de rechange, nous proposons donc de prévoir, le cas échéant, une exception fondée sur la part de marché dans le cadre de lignes directrices. Cette approche offre une souplesse accrue et importante du point de vue de l'élaboration des politiques.

(iii) Modèle du régime double

Les modifications proposées à l'égard du projet de loi C-472 auraient également permis dans une grande mesure d'instaurer un régime double efficace et, parallèlement, de conserver la possibilité d'infliger des sanctions criminelles dans les cas d'ententes injustifiables. Cependant, nous croyons que deux aspects de ce modèle nécessitent un examen plus approfondi : a) les avis et l'immunité touchant les ententes injustifiables et b) la possibilité de recourir à l'examen fondé sur la règle de la raison à l'égard des arrangements sur le point d'être conclus ou de prendre effet. Ces éléments sont traités ci-dessous.

(1) Immunité sur le plan criminel

Comme il l'a été mentionné, les modifications proposées dans le projet de loi C-472 auraient permis aux parties à des ententes injustifiables et secrètes de se protéger contre l'introduction de poursuites criminelles en donnant un avis. En particulier, l'alinéa 45(7)*c*) dispose qu'un arrangement ne sera pas considéré comme étant de la « collusion », au sens du paragraphe 45(1), s'il « a fait l'objet d'un avis donné au commissaire conformément au paragraphe 79.2(1) ». Le droit unilatéral et non discrétionnaire à l'immunité criminelle conféré à l'alinéa 45(7)*c*) aurait

---

[229]Précité, à la note 41.

[230]493 U.S. 411 (1990).

entraîné le risque que les parties concluent un arrangement tout en sachant pertinemment qu'elles violent l'article 45, puis qu'elles donnent avis de l'arrangement en question de manière à éviter des sanctions criminelles et à frustrer les demandeurs privés d'un recours en vertu de l'article 36 de la Loi. De même, le modèle Trebilcock-Warner fait lui aussi apparaître le spectre du comportement stratégique. À cet égard, le risque est plutôt lié au fait que les parties à une entente qui n'a pas encore pris effet ou été conclue donneront avis de celle-ci, puis iront de l'avant après le délai d'attente de 30 jours, sachant qu'il pourrait se révéler difficile pour le commissaire d'obtenir une injonction provisoire en vue de les empêcher de donner suite à l'arrangement et que, même s'il est probable que l'arrangement soit en fin de compte condamné, elles auront réussi à se soustraire à la fois aux sanctions criminelles et aux dommages-intérêts civils.

De surcroît, bien que l'article 79.2 du projet de loi C-472 dispose que les certificats d'autorisation ne sont délivrés qu'à l'égard des accords qu'une personne « est sur le point de conclure », l'alinéa 45(7)*c*) n'impose pas de limite analogue en ce qui touche le droit de donner un avis. Comme nous l'avons déjà signalé, il est donc permis de penser que, sous le régime proposé par le projet de loi C-472, les parties auraient été autorisées à donner un avis et à se soustraire aux poursuites criminelles même si elles avaient déjà mis l'arrangement en oeuvre. Les parties ne devraient pas jouir du droit absolu et unilatéral d'éviter leur responsabilité criminelle. Cela dit, l'idée d'octroyer l'immunité ou de faire preuve d'indulgence lorsqu'un avis est donné après la conclusion de l'entente pourrait se révéler avantageuse. En effet, comme les avis donnés préalablement à la conclusion de l'entente, ceux donnés après faciliteraient la tâche du commissaire en ce qui concerne la détection et la cueillette d'éléments de preuve. En outre, la possibilité de donner un avis postérieurement à la conclusion de l'entente bénéficierait aux parties qui ont passé un arrangement potentiellement criminel à leur insu de même qu'aux parties à un arrangement qui, en raison d'un changement important dans les conditions du marché, est devenu potentiellement criminel. Pour inciter les parties à donner un avis relatif aux accords déjà mis en oeuvre, il pourrait être souhaitable que le Bureau accorde une certaine forme d'immunité, analogue à celle octroyée dans le cadre de l'actuel Programme d'immunité, à la partie qui donnerait un avis postérieur à la conclusion de l'entente en application d'un article 45 modifié[231].

(2) Cas de non-application de l'analyse fondée sur la règle de la raison

Le projet de loi C-472 n'envisage la possibilité de procéder à une analyse complète fondée sur la règle de raison qu'à l'égard des arrangements qui ont déjà pris effet ou été conclus. Il ne confère pas au commissaire le pouvoir de demander au Tribunal d'effectuer une telle analyse avant que les parties n'aient passé un accord. Cette situation soulève deux questions. Premièrement, selon le projet de loi C-472, lorsque le commissaire refuse de délivrer un certificat d'autorisation, les parties sont obligées soit de renoncer à leur arrangement, soit d'y donner suite sans savoir s'il sera subséquemment invalidé en tout ou en partie, aux termes d'une ordonnance rendue par le Tribunal en vertu de l'alinéa 79.1(1)*c*) ou *d*). Deuxièmement, le projet de loi C-472 diverge à cet égard du processus d'examen des fusionnements prévu à l'article 92 de la Loi. En effet, suivant

---

[231]Voir à http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01990f.html.

cette dernière disposition, le commissaire peut demander une mesure corrective au Tribunal relativement à des « fusionnements proposés ». À notre avis, les objectifs de certitude, de prévisibilité et d'harmonisation exigent à tout le moins que le commissaire puisse également demander que les collaborations entre concurrents fassent l'objet d'un examen avant leur mise en oeuvre.

(iv) Mesures correctives civiles

Le modèle Trebilcock-Warner n'est pas très explicite quant aux pouvoirs dont jouirait le Tribunal dans le cadre du processus d'examen civil qui y est proposé. Il semble toutefois que le Tribunal disposerait de pouvoirs analogues, voire identiques, à ceux qu'il exerce en matière d'examen des fusionnements[232]. Selon les modifications proposées par le projet de loi C-472, le Tribunal pourrait à la fois interdire à une personne d'exécuter ou de poursuivre un arrangement[233] et lui enjoindre « de prendre les mesures [qu'il] juge raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer tout effet de l'accord ou de l'arrangement ou de rétablir la concurrence dans le marché, notamment mais pas exclusivement en apportant des modifications à l'accord ou l'arrangement[234] ».

Des arrangements qui ne sont pas en soi illégaux pourraient néanmoins faire l'objet de mesures de dissuasion ou d'interdiction si l'analyse fondée sur la règle de la raison détermine qu'ils causent un préjudice important, non compensé par des avantages, sur le plan de la concurrence. À la lumière de ce qui précède, de solides raisons permettent d'avancer que le Tribunal devrait pouvoir infliger des sanctions pécuniaires administratives lorsque les circonstances s'y prêtent. Dans le cadre des modifications apportées en 1999, le Tribunal s'est vu conférer des pouvoirs de réparation de cette nature sous le régime de la partie VII.1 de la Loi[235].

Il importe toutefois de mentionner que le pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires pourrait prêter le flanc à un argument invoquant l'application régulière de la loi en matière criminelle, selon lequel le Tribunal doit, s'il décide d'infliger une sanction équivalant à une amende, examiner toutes les questions dont il est saisi suivant une norme plus exigeante que celle du fardeau de la preuve applicable en matière civile. Évidemment, cela aurait pour effet de supprimer l'un des principaux avantages liés à un examen civil, à savoir le fait d'éviter (ou de minimiser) le coût élevé et les délais associés à une charge de la preuve plus rigoureuse (p. ex., hors de tout doute raisonnable).

---

[232]Voir Warner *et al.*, précité, note 70, aux p. 720 et 721; voir l'art. 92 de la Loi.

[233]Voir l'al. 79.1(1)*c*).

[234]Voir l'al. 79.1(1)*d*).

[235]Voir l'al. 74.10(1)*c*).

(d) Nouvelle proposition de modification

Selon nous, l'approche la plus avantageuse pour atteindre un équilibre entre, d'une part, la nécessité de disposer de mesures dissuasives et de sanctions efficaces en ce qui concerne les ententes injustifiables et, d'autre part, de bénéficier d'un forum qui permette de valablement distinguer les collaborations favorisant le jeu de la concurrence et le bien-être de celles qui ne le font pas est le modèle du « régime double ».

(i) Interdiction criminelle

Le libellé de l'interdiction criminelle devrait être analogue ou identique à celui du paragraphe 45(1) du projet de loi C-472. À la lumière de notre examen comparatif (voir Australie et Nouvelle-Zélande), nous croyons qu'une rédaction précise atténuera les difficultés liées à la qualification qui, nous l'avons déjà signalé, se sont avérées très problématiques dans le cadre du régime américain. Nous sommes également en faveur de l'adoption d'interdictions *per se* visant les ententes injustifiables comme la fixation des prix et la répartition du marché puisque, par rapport à la norme fondée sur la règle de la raison, ces interdictions permettront une application plus efficiente de même qu'une certitude et une prévisibilité accrues pour ceux dont le comportement pourrait faire l'objet d'un examen approfondi.

(ii) Régime civil

Suivant le modèle que nous proposons, tous les autres arrangements seraient susceptibles d'examen en application d'une disposition de nature civile.

Comme nous l'avons vu plus haut, l'établissement d'un régime civil comporte un certain nombre d'avantages, dont l'harmonisation du traitement réservé aux fusionnements et aux alliances stratégiques. Les effets potentiellement anticoncurrentiels d'un fusionnement sont habituellement plus appréciables que ceux découlant de collaborations ou d'alliances stratégiques entre concurrents. Bien que la plupart des fusionnements mettent un terme définitif à la concurrence entre les parties au fusionnement, les collaborations ont normalement pour effet de préserver une certaine forme de concurrence[236]. Voilà pourquoi il est difficile de justifier l'assujettissement des fusionnements à un examen de nature non criminelle devant un tribunal administratif, alors que les arrangements potentiellement moins anticoncurrentiels sont exclusivement examinés en application d'une interdiction criminelle. De surcroît, comme Ross le fait remarquer, [TRADUCTION] « lorsqu'elles prennent des décisions quant à la façon de structurer leurs activités, les entreprises devraient se fonder sur des raisons d'efficience économique et non chercher à trouver la solution la plus facile du point de vue antitrust[237] ».

---

[236]Voir les Lignes directrices conjointes, précitées à la note 2.

[237]Ross, précité, note 7, à la p. 870.

La possibilité de recourir à un examen civil permettra aussi au commissaire, dans les cas appropriés, de prouver ses allégations en fonction de la norme moins rigoureuse de la « prépondérance des probabilités » et de recueillir des éléments de preuve à l'aide des mécanismes de communication préalable applicables aux instances instruites par le Tribunal. De plus, certains auteurs de doctrine estiment que le Tribunal de la concurrence dispose de meilleurs moyens que les tribunaux judiciaires pour procéder à l'analyse économique détaillée qu'exige l'analyse fondée sur la règle de la raison. En outre, comme les questions touchant les effets potentiellement anticoncurrentiels et les avantages corrélatifs font appel aux prévisions et aux hypothèses, le Tribunal, organe spécialisé, et la norme de preuve moins stricte qui y est appliquée pourraient se révéler plus appropriés.

Néanmoins, malgré les avantages d'un régime civil et compte tenu de l'importance de la disposition relative au complot ainsi que des distorsions et des pertes considérables pour les consommateurs que risquent d'entraîner les ententes injustifiables, il est également souhaitable de conserver une interdiction criminelle. Le moyen le plus efficace d'appliquer les interdictions visant les ententes injustifiables demeure la dissuasion. Or, il est peu probable que les interdictions applicables dans le cas d'affaires susceptibles d'examen atteignent un degré de dissuasion suffisant.

Dans une certaine mesure, l'article 36 de la Loi, s'il était modifié, pourrait accroître le degré de dissuasion en permettant aux parties privées d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des arrangements susceptibles de donner lieu à une mesure corrective aux termes de la disposition civile. Nous nous demandons si la décision du commissaire de tenter d'obtenir une réparation en application d'une disposition civile, par opposition à une disposition criminelle, constitue un fondement suffisant pour refuser des dommages-intérêts à une partie privée qui a subi des pertes à cause d'un comportement anticoncurrentiel. En outre, le risque d'avoir à assumer une responsabilité civile de cette nature inciterait les parties à retarder la mise en oeuvre de l'arrangement dans l'attente que le Tribunal se prononce sur l'instance relative à celui-ci.

Dans le cadre du processus d'examen civil, les « défendeurs » devraient pouvoir invoquer l'exception fondée sur l'efficience qui est prévue à l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*. Ce moyen de défense donnerait au Tribunal l'occasion de considérer les avantages nets sur le plan de la concurrence de la collaboration entre les concurrents. Nous proposons que les parties soient autorisées à contester une instance en invoquant que les gains en efficience découlant de leur collaboration l'emportent sur l'atteinte portée à la concurrence. De cette façon, le Tribunal pourrait procéder à une analyse approfondie fondée sur la règle de la raison à l'égard de collaborations conclues entre concurrents.

Comme il l'a déjà été mentionné, le fait de permettre au décideur de tenir compte d'objectifs d'ordre social autres que les efficiences étroitement liées à l'économie, dans le cadre de l'examen civil, entraînerait un changement considérable de l'actuel régime de la concurrence canadien, que nous ne recommandons pas. À notre avis, le commissaire doit s'abstenir d'apprécier des facteurs non économiques. En effet, l'absence de principes fondamentaux justifiant les tribunaux

judiciaires d'accepter ou de rejeter des facteurs non économiques rendrait le droit incohérent et imprévisible. De plus, la présence d'objectifs multiples et, surtout, la combinaison d'objectifs d'ordre économique et non économique dans un même instrument d'orientation est la recette d'une politique manquée. Comme l'a fait remarquer la New Zealand Commission : [TRADUCTION] « Il n'est pas facile de trancher entre deux politiques gouvernementales[238] ». C'est particulièrement le cas lorsque les politiques comparées et mises en balance l'une avec l'autre sont de nature différente.

(iii) Avis

Nous recommandons l'adoption d'un mécanisme d'avis dont les principaux objets, d'un point de vue fonctionnel, seraient les suivants :

(a) réduire la rigidité et la portée excessive des interdictions *per se*;

(b) réduire les coûts de détection et de cueillette d'éléments de preuve de manière à moins grever les ressources allouées à l'application de la loi.

Un mécanisme d'avis de cette nature offre un certain nombre d'avantages. L'expérience acquise relativement au paragraphe 81(3) du Traité CE en a d'ailleurs révélé quelques-uns. Ainsi, le mécanisme de notification prévu par le Traité CE a permis à la Commission d'élaborer une jurisprudence cohérente; les parties tirent profit de la présentation d'un avis puisque celui-ci a pour effet de suspendre l'imposition des amendes, peu importe la violation perpétrée; la décision de la Commission permet aux parties de savoir avec certitude dans quelle situation juridique elles se trouvent; et enfin, le régime d'avis s'est avéré d'une très grande souplesse pour autoriser les collaborations qui favorisent le jeu de la concurrence.

À l'exemple du système fondé sur le Traité CE, le commissaire canadien peut encourager le dépôt d'avis en s'abstenant d'infliger une amende pour la période comprise entre la date de l'avis et celle de toute décision relative à l'arrangement. En revanche, un régime qui exige un avis pour toutes les formes d'ententes susceptibles de violer les dispositions criminelle ou civile pourrait se révéler impossible à gérer. Comme le signale le *Livre blanc sur la modernisation* de la Commission des communautés européennes qui est examiné plus haut, le mécanisme de notification prévu par le Traité CE entraîne aussi des délais importants qui ont peut-être dissuadé des parties de poursuivre des alliances potentiellement favorables sur le plan de la concurrence. Certains auteurs ont critiqué le régime de l'Union européenne parce que l'interprétation large donnée au paragraphe 81(1) oblige à déposer une notification même pour les arrangements qui ne soulèvent pas de préoccupations marquées au regard de la concurrence. L'insatisfaction

---

[238] *Amcor*, précitée, note 190, au par. 75 (citée dans Adhar, précité, note 159, à la p. 146). Dans cette affaire, la Commission devait apprécier l'avantage lié à [TRADUCTION] « l'utilisation des ressources et aux effets qui en découlent » en regard de l'atteinte à la concurrence.

universelle à l'égard du régime de notification de l'Union européenne justifie qu'on envisage un régime différent en cette matière.

L'ajout d'un régime d'avis et d'exception permettra encore une meilleure harmonisation avec les dispositions relatives au fusionnement. Comme pour les certificats de décision préalable délivrés en application de l'article 102 de la *Loi sur la concurrence* canadienne, le commissaire, dans le cadre du régime d'avis proposé, aurait le pouvoir d'appliquer des exceptions ou de délivrer des « certificats d'autorisation » relativement à des arrangements particuliers, lesquels auront pour effet de soustraire la collaboration tant à l'examen criminel que civil. Même si la *Loi sur la concurrence* n'énonce pas expressément que la délivrance d'un certificat de décision préalable a pour effet de soustraire les fusionnements proposés à l'examen imposé à l'article 45 ou 79, on reconnaît qu'il ne serait pas approprié ni compatible avec la pratique établie en vertu de la Loi d'introduire une instance en vertu de l'une ou l'autre de ces dispositions à l'égard d'un arrangement qui a reçu l'aval du commissaire par le truchement d'un certificat de décision préalable. De même, une fois que le commissaire aurait approuvé une collaboration dans le cadre du processus d'avis proposé, il serait mal venu d'introduire une instance en application de l'article 45 au sujet de cette même collaboration. Il pourrait donc se révéler nécessaire d'adopter des modifications législatives concernant l'effet des certificats de décision préalable et des certificats d'autorisation proposés pour faire en sorte d'atteindre cet objectif.

Selon nous, le régime d'avis retenu devrait constituer un moyen terme entre le modèle fondé exclusivement sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire administratif et celui qui prévoit un examen civil automatique dès qu'un avis est donné. Un tel régime permettrait de préserver le pouvoir discrétionnaire administratif exercé dans le cadre du processus d'examen applicable et, par la même occasion, d'offrir une plus grande symétrie avec l'examen applicable en matière de fusionnement. Nous proposons donc deux modèles différents : le modèle du régime discrétionnaire et le modèle du régime civil.

(1) Modèle du régime discrétionnaire (le MRD)

Le MRD s'applique à la fois aux arrangements qui ont déjà été conclus ou mis en oeuvre et à ceux qui ne l'ont pas encore été. Suivant ce modèle, les parties à un arrangement existant ou proposé paraissant contrevenir à l'interdiction *per se* édictée par la disposition modifiée seraient autorisées à présenter une demande au commissaire afin d'obtenir une exemption. Le commissaire jouirait alors du pouvoir discrétionnaire de prendre l'une ou l'autre des mesures suivantes :

(a) accorder une exemption aux parties par la délivrance d'un certificat d'autorisation;

(b) renvoyer l'affaire au Tribunal de la concurrence en application de la disposition civile – cette disposition prévoirait une procédure de consentement ou d'approbation de même que l'examen des accords déjà conclus;

(c) aviser les parties du fait qu'aucun certificat d'autorisation ne sera délivré et que le commissaire renverra l'affaire au procureur général en vue de l'introduction de poursuites criminelles. Si l'arrangement a déjà pris effet ou été conclu, on pourra appliquer le Programme d'immunité de la façon exposée plus haut.

Il ressort manifestement de ce qui précède que le MRD, d'une manière analogue à l'examen relatif aux fusionnements, confère au commissaire le pouvoir discrétionnaire de choisir, en fonction de chaque cas, entre la voie civile ou criminelle. Outre sa compatibilité avec les autres choix offerts dans la Loi (voir le régime double et le régime de la publicité trompeuse de la Loi), cet aspect du MRD a l'avantage appréciable de faire disparaître les éventuels comportements stratégiques auxquels un mécanisme d'avis conférant aux parties le droit à une immunité criminelle unilatérale et non discrétionnaire peut donner lieu.

L'attribution au commissaire du pouvoir de choisir entre les dispositions criminelles et civiles va également dans le même sens que l'approche américaine. Comme il l'a été mentionné plus haut, le Département de la justice a conclu que les sanctions criminelles sont incontestablement appropriées dans les cas d'ententes injustifiables, lesquelles sont, par définition, préjudiciables aux consommateurs. D'un autre côté, il reconnaît également qu'en présence d'un désaccord légitime sur la question de savoir si les avantages proconcurrentiels d'un arrangement l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels, les poursuites criminelles n'ont pas leur place. L'article 1 de la *Sherman Act* confère au Département de la justice le pouvoir discrétionnaire de décider si la voie civile ou criminelle est appropriée, compte tenu des faits particuliers de chaque cas.

De plus, le fait de conférer au commissaire le pouvoir discrétionnaire de décider quels genres de collaborations sont assujetties à des poursuites criminelles et non à un examen d'ordre administratif, l'aiderait à orienter l'élaboration de la politique de concurrence en ce qui touche la collaboration entre concurrents. Les facteurs dont le commissaire doit tenir compte pour décider s'il recherchera une mesure corrective civile ou renverra l'affaire en vue de poursuites criminelles pourraient être énoncés dans des lignes directrices analogues à celles applicables dans le cadre du régime de la publicité trompeuse[239]. Ainsi, l'un des facteurs qu'il est possible de prendre en considération pour choisir la voie appropriée consiste à se demander si l'arrangement a pour objet de restreindre la concurrence ou s'il s'agit simplement d'un effet de l'accord. Le commissaire pourrait être davantage enclin à recommander l'introduction de poursuites criminelles si le manquement à la disposition est intentionnel.

---

[239] Voir « Indications et pratiques commerciales trompeuses : Choix entre le régime criminel ou civil de la *Loi sur la concurrence* » à l'adresse suivante : http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01181f.html.

(2) Modèle du régime civil (le MRC)

À l'opposé du MRD, ce modèle s'applique uniquement aux arrangements qui n'ont pas encore été conclus ou mis en oeuvre. Les parties à un arrangement proposé qui paraîtrait contraire à une interdiction *per se* prévue par la disposition modifiée pourraient en donner avis au commissaire et demander une exemption avant la mise en oeuvre de l'arrangement. Cependant, à la différence du MRD, le pouvoir discrétionnaire du commissaire se limiterait à choisir entre les deux voies suivantes :

(a) accorder un certificat d'autorisation aux parties;

(b) aviser les parties du fait qu'aucun certificat d'autorisation ne sera délivré et que, si l'entente est exécutée, il présentera une demande au Tribunal de la concurrence en vue d'obtenir une mesure correctrice sous le régime civil.

Suivant ce modèle, les poursuites criminelles cesseraient de constituer une option dès la réception de l'avis. À la place, tous les arrangements dont il a été donné avis feraient l'objet d'un examen civil suivant l'analyse fondée sur la règle de la raison. Cette approche est quelque peu problématique car les ententes injustifiables non déguisées – à l'égard desquelles l'application d'une interdiction criminelle *per se* permet des mesures de dissuasion et un examen plus efficaces et plus avantageux – donneraient lieu à une analyse approfondie de leurs effets sur la concurrence en vertu du régime civil. En outre, l'efficacité qu'offre l'approche *per se* tant au regard des coûts que des délais serait perdue puisqu'il faudrait procéder à une analyse des effets sur la concurrence même dans le cas d'accords qui sont manifestement contraires à l'interdiction *per se* et qui n'ont aucune chance d'éviter une condamnation. Pour toutes ces raisons, le MRC risque de diminuer l'efficience et l'efficacité avec laquelle le commissaire peut « intenter des poursuites » à l'égard d'ententes injustifiables non déguisées. Par contre, il est possible d'avancer que le recours à des mesures correctives de nature administrative plutôt qu'à des sanctions criminelles pour « punir » un arrangement qui est manifestement contraire à une interdiction *per se* pourrait s'avérer fondé si, préalablement à la conclusion ou à la mise en oeuvre de l'entente, aucun préjudice réel justifiant une sanction criminelle n'a été causé.

Il faut signaler que l'adoption du MRC nécessiterait la prise de mesures visant à minimiser le recours abusif au mécanisme d'avis. Comme nous l'avons déjà expliqué, la possibilité d'obtenir une immunité criminelle unilatérale élève le risque de comportements stratégiques. Afin d'éviter de tels abus, nous recommandons l'ajout d'une disposition qui aurait pour effet de rendre l'immunité conditionnelle à la non-application de la collaboration jusqu'à ce qu'une instance soit introduite par le commissaire devant le Tribunal de la concurrence ou qu'un délai donné, prévu par la loi, soit expiré, un peu comme la période d'attente applicable dans le cadre du processus d'examen des fusionnements.

Warner *et al.* ont critiqué les modèles fondés sur le pouvoir discrétionnaire administratif en tenant les propos suivants :

[TRADUCTION]
Nous ne pouvons trop insister sur le fait que le régime de notification que nous proposons ne s'apparente aucunement à un processus d'enregistrement ou d'autorisation. En effet, conférer au directeur le pouvoir d'examiner les avis et de décider s'il y a lieu d'accepter ou de rejeter l'accord ou de proposer qu'on y apporte des modifications comme condition préalable à l'octroi aux parties de l'immunité relative aux poursuites criminelles imposerait un lourd fardeau tant aux parties elles-mêmes qu'au Bureau. L'octroi de tels pouvoirs au directeur risque de reproduire le cauchemar bureaucratique qui a tant gêné à la fois la Commission européenne, en ce qui concerne les demandes d'attestation négative et d'exemption présentées en application de l'article 85 du Traité de Rome, et l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni, pour ce qui est des demandes, présentées sous le régime de la *Restrictive Trade Practices Act*. Dans ces deux régimes, même l'examen administratif d'ententes banales et inoffensives peut occasionner de très longs délais aux parties et les plonger dans l'incertitude.

Pour éviter les problèmes qui, selon les auteurs précités, sont liés à la présentation d'un trop grand nombre d'avis, la Commission peut publier des lignes directrices administratives servant à expliquer l'interprétation des interdictions criminelles. En outre, à l'opposé du modèle du régime à voie unique de l'article 81 du Traité CE, dans le cadre duquel on invite les parties à donner un avis pour tout arrangement susceptible d'entraîner une diminution sensible de la concurrence, les avis prévus par le MRC ne seraient exigés qu'à l'égard du petit sous-ensemble d'arrangements qui sont par ailleurs prohibés aux termes des interdictions *per se*. Nous pensons en outre que le point de vue qui précède découle souvent de la croyance de certains auteurs selon laquelle le rôle du commissaire devrait se limiter à celui de poursuivant ou de partie au litige dont le pouvoir administratif discrétionnaire serait le plus restreint possible. À notre avis, la politique de concurrence du Canada, tel qu'elle est exprimée dans la Loi, confie incontestablement au commissaire un rôle d'élaboration de politiques, au moyen de l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire analogue à celui que prévoit le modèle de l'Union européenne. De manière générale, la politique de réglementation canadienne a favorisé les gains en efficience que permet un pouvoir administratif discrétionnaire, comparativement aux modèles de réglementation plus contentieux qu'on trouve aux États-Unis. Cette approche prévoit essentiellement que l'octroi d'exemptions (comme ce qui se fait en Europe) et la détermination du genre d'instance susceptible d'être introduite (comme aux États-Unis) relèvent de l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire.

De plus, on pourrait réduire le nombre d'avis en restreignant soigneusement la portée des interdictions criminelles au moyen d'exceptions visant les ententes qui nécessitent rarement, voire jamais, de mesures correctrices. Par exemple, il serait possible d'adopter une exception relative aux « restrictions accessoires ». En fait, le cadre de référence et le projet de loi C-472 proposent tous deux une exception pour ce genre de restrictions. Comme nous l'avons déjà mentionné, la théorie des restrictions accessoires a été appliquée à la fois à l'égard du

paragraphe 81(1) du Traité CE et de l'article 1 de la *Sherman Act*. Une exception fondée sur les restrictions accessoires permettrait aux tribunaux judiciaires d'exempter les arrangements qui sont objectivement nécessaires à l'exécution d'un genre précis d'accords favorables sur le plan de la concurrence ou qui sont essentiels pour inciter une partie au contrat à assumer le risque commercial inhérent à l'arrangement en question. À titre d'exemple, l'alinéa 45(7)*d*) prévoit notamment ce qui suit :

> (7) Un accord ou un arrangement ne sera pas considéré comme étant de la collusion si :
>
> [. . .]
>
> *d*) il est auxiliaire et raisonnablement nécessaire à un autre accord ou arrangement entre les mêmes participants et l'autre accord ou arrangement, considéré séparément, ne constituerait pas lui-même de la collusion.

Le MRD et le MRC ont l'avantage de faire bénéficier le commissaire d'un pouvoir discrétionnaire souple et étendu lui permettant d'exempter des arrangements en fonction des circonstances particulières de chaque cas. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le commissaire serait autorisé à tenir compte d'un large éventail de facteurs, dont les engagements pris par les parties. La difficulté soulevée dans le cadre de l'examen de la politique gouvernementale, savoir que la qualification statique des arrangements entre concurrents s'avérera trop rigide pour la rapidité de l'évolution que connaît le secteur de la technologie, pourrait être résolue grâce à des lignes directrices générales relatives aux facteurs régissant l'exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire du commissaire. De plus, le commissaire pourrait, grâce à ces lignes directrices, gérer et surveiller l'élaboration de la politique de concurrence en ce qui touche les collaborations licites entre concurrents, sans avoir à s'en remettre à une évolution jurisprudentielle imprévisible. Parallèlement, le fait de pouvoir renvoyer certains arrangements au Tribunal pour qu'il les examine ferait en sorte que la politique de la concurrence pourrait évoluer hors du cadre d'un modèle strictement administratif. Enfin, dans les situations où les avantages proconcurrentiels nets sont précis, les certificats d'autorisation offriraient aux planificateurs commerciaux la certitude juridique dont ils ont besoin.

Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors

Issued by the
Federal Trade Commission
and the
U.S. Department of Justice

April 2000

ANTITRUST GUIDELINES FOR
COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS

TABLE OF CONTENTS

PREAMBLE 1

SECTION 1: PURPOSE, DEFINITIONS, AND OVERVIEW 2

1.1 Purpose and Definitions 2

1.2 Overview of Analytical Framework 3

1.3 Competitor Collaborations Distinguished from Mergers 5

SECTION 2: GENERAL PRINCIPLES FOR EVALUATING AGREEMENTS AMONG COMPETITORS 6

2.1 Potential Procompetitive Benefits 6

2.2 Potential Anticompetitive Harms 6

2.3 Analysis of the Overall Collaboration and the Agreements of Which It Consists 7

2.4 Competitive Effects Are Assessed as of the Time of Possible Harm to Competition 7

SECTION 3: ANALYTICAL FRAMEWORK FOR EVALUATING

AGREEMENTS AMONG COMPETITORS 7

3.1 Introduction 7

3.2 Agreements Challenged as Per Se Illegal 8

3.3 Agreements Analyzed under the Rule of Reason 10

3.31 Nature of the Relevant Agreement: Business Purpose, Operation in the Marketplace and Possible Competitive Concerns 12

3.31(a) Relevant Agreements that Limit Independent Decision Making or Combine Control or Financial Interests 13

3.31(b) Relevant Agreements that May Facilitate Collusion 15

3.32 Relevant Markets Affected by the Collaboration 16

3.32(a) Goods Markets 16

3.32(b) Technology Markets 16

3.32(c) Research and Development: Innovation Markets 17

3.33 Market Shares and Market Concentration 17

3.34 Factors Relevant to the Ability and Incentive of the Participants and the Collaboration to Compete 18

3.34(a) Exclusivity 19

3.34(b) Control over Assets 19

3.34(c) Financial Interests in the Collaboration or in Other Participants 20

3.34(d) Control of the Collaboration's Competitively Significant Decision Making 20

3.34(e) Likelihood of Anticompetitive Information Sharing 21

3.34(f) Duration of the Collaboration 21

3.35 Entry 22

3.36 Identifying Procompetitive Benefits of the Collaboration 23

3.36(a) Cognizable Efficiencies Must Be Verifiable and Potentially Procompetitive 24

3.36(b) Reasonable Necessity and Less Restrictive Alternatives 24

3.37 Overall Competitive Effect 25

SECTION 4: ANTITRUST SAFETY ZONES 25

4.1 Overview 25

4.2 Safety Zone for Competitor Collaborations in General 26

4.3 Safety Zone for Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets 27

ANTITRUST GUIDELINES FOR COLLABORATIONS AMONG COMPETITORS

PREAMBLE

In order to compete in modern markets, competitors sometimes need to collaborate. Competitive forces are driving firms toward complex collaborations to achieve goals such as expanding into foreign markets, funding expensive innovation efforts, and lowering production and other costs.

Such collaborations often are not only benign but procompetitive. Indeed, in the last two decades, the federal antitrust agencies have brought relatively few civil cases against competitor collaborations. Nevertheless, a perception that antitrust laws are skeptical about agreements among actual or potential competitors may deter the development of procompetitive collaborations.[1]

To provide guidance to business people, the Federal Trade Commission ("FTC") and the U.S. Department of Justice ("DOJ") (collectively, "the Agencies") previously issued guidelines addressing several special circumstances in which antitrust issues related to competitor collaborations may arise.[2] But none of these Guidelines represents a general statement of the Agencies' analytical approach to competitor collaborations. The increasing varieties and use of competitor collaborations have yielded requests for improved clarity regarding their treatment under the antitrust laws.

The new *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* ("*Competitor Collaboration Guidelines*") are intended to explain how the Agencies analyze certain antitrust issues raised by collaborations among competitors. Competitor collaborations and the market circumstances in which they operate vary widely. No set of guidelines can provide specific

---

[1] Congress has protected certain collaborations from full antitrust liability by passing the National Cooperative Research Act of 1984 ("NCRA") and the National Cooperative Research and Production Act of 1993 ("NCRPA") (codified together at 15 U.S.C. § § 4301-06).

[2] The *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care* ("*Health Care Statements*") outline the Agencies' approach to certain health care collaborations, among other things. The *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* ("*Intellectual Property Guidelines*") outline the Agencies' enforcement policy with respect to intellectual property licensing agreements among competitors, among other things. The *1992* DOJ/FTC *Horizontal Merger Guidelines*, as amended in 1997 (*"Horizontal Merger Guidelines"*), outline the Agencies' approach to horizontal mergers and acquisitions, and certain competitor collaborations.

answers to every antitrust question that might arise from a competitor collaboration. These Guidelines describe an analytical framework to assist businesses in assessing the likelihood of an antitrust challenge to a collaboration with one or more competitors. They should enable businesses to evaluate proposed transactions with greater understanding of possible antitrust implications, thus encouraging procompetitive collaborations, deterring collaborations likely to harm competition and consumers, and facilitating the Agencies' investigations of collaborations.

SECTION 1: PURPOSE, DEFINITIONS, AND OVERVIEW

1.1 Purpose and Definitions

These Guidelines state the antitrust enforcement policy of the Agencies with respect to competitor collaborations. By stating their general policy, the Agencies hope to assist businesses in assessing whether the Agencies will challenge a competitor collaboration or any of the agreements of which it is comprised.[3] However, these Guidelines cannot remove judgment and discretion in antitrust law enforcement. The Agencies evaluate each case in light of its own facts and apply the analytical framework set forth in these Guidelines reasonably and flexibly.[4]

A "competitor collaboration" comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom.[5] "Competitors" encompasses both actual and potential competitors.[6] Competitor collaborations involve one or more business activities, such as research and development ("R&D"), production, marketing, distribution, sales or purchasing. Information sharing and various trade association activities also may take place through competitor

---

[3] These Guidelines neither describe how the Agencies litigate cases nor assign burdens of proof or production.

[4] The analytical framework set forth in these Guidelines is consistent with the analytical frameworks in the *Health Care Statements* and the *Intellectual Property Guidelines*, which remain in effect to address issues in their special contexts.

[5] These Guidelines take into account neither the possible effects of competitor collaborations in foreclosing or limiting competition by rivals not participating in a collaboration nor the possible anticompetitive effects of standard setting in the context of competitor collaborations. Nevertheless, these effects may be of concern to the Agencies and may prompt enforcement actions.

[6] Firms also may be in a buyer-seller or other relationship, but that does not eliminate the need to examine the competitor relationship, if present. A firm is treated as a potential competitor if there is evidence that entry by that firm is reasonably probable in the absence of the relevant agreement, or that competitively significant decisions by actual competitors are constrained by concerns that anticompetitive conduct likely would induce the firm to enter.

collaborations.

These Guidelines use the terms "anticompetitive harm," "procompetitive benefit," and "overall competitive effect" in analyzing the competitive effects of agreements among competitors. All of these terms include actual and likely competitive effects. The Guidelines use the term "anticompetitive harm" to refer to an agreement's adverse competitive consequences, without taking account of offsetting procompetitive benefits. Conversely, the term "procompetitive benefit" refers to an agreement's favorable competitive consequences, without taking account of its anticompetitive harm. The terms "overall competitive effect" or "competitive effect" are used in discussing the combination of an agreement's anticompetitive harm and procompetitive benefit.

1.2 Overview of Analytical Framework

Two types of analysis are used by the Supreme Court to determine the lawfulness of an agreement among competitors: per se and rule of reason.[7] Certain types of agreements are so likely to harm competition and to have no significant procompetitive benefit that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects. Once identified, such agreements are challenged as per se unlawful.[8] All other agreements are evaluated under the rule of reason, which involves a factual inquiry into an agreement's overall competitive effect. As the Supreme Court has explained, rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances.[9]

This overview briefly sets forth questions and factors that the Agencies assess in analyzing an agreement among competitors. The rest of the Guidelines should be consulted for the detailed definitions and discussion that underlie this analysis.

Agreements Challenged as Per Se Illegal. Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.

---

[7] *See* National Soc'y of Profl. Eng'rs v. United States, 435 U.S. 679, 692 (1978).

[8] *See* FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411, 432-36 (1990).

[9] *See* California Dental Ass'n v. FTC, 119 S. Ct. 1604, 1617-18 (1999); FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 U.S. 447, 459-61 (1986); National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of the Univ. of Okla., 468 U.S. 85, 104-13 (1984).

Agreements Analyzed under the Rule of Reason. Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. These include agreements of a type that otherwise might be considered per se illegal, provided they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity.

Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.

Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. The Agencies focus on only those factors, and undertake only that factual inquiry, necessary to make a sound determination of the overall competitive effect of the relevant agreement. Ordinarily, however, no one factor is dispositive in the analysis.

The Agencies' analysis begins with an examination of the nature of the relevant agreement. As part of this examination, the Agencies ask about the business purpose of the agreement and examine whether the agreement, if already in operation, has caused anticompetitive harm. In some cases, the nature of the agreement and the absence of market power together may demonstrate the absence of anticompetitive harm. In such cases, the Agencies do not challenge the agreement. Alternatively, where the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement, or anticompetitive harm has resulted from an agreement already in operation, then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.

If the initial examination of the nature of the agreement indicates possible competitive concerns, but the agreement is not one that would be challenged without a detailed market analysis, the Agencies analyze the agreement in greater depth. The Agencies typically define relevant markets and calculate market shares and concentration as an initial step in assessing whether the agreement may create or increase market power or facilitate its exercise. The Agencies examine the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independently. The Agencies also evaluate other market circumstances, e.g. entry, that may foster or prevent anticompetitive harms.

If the examination of these factors indicates no potential for anticompetitive harm, the Agencies end the investigation without considering procompetitive benefits. If investigation indicates anticompetitive harm, the Agencies examine whether the relevant agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits that likely would offset anticompetitive harms.

1.3 Competitor Collaborations Distinguished from Mergers

The competitive effects from competitor collaborations may differ from those of mergers due to a number of factors. Most mergers completely end competition between the merging parties in the relevant market(s). By contrast, most competitor collaborations preserve some form of competition among the participants. This remaining competition may reduce competitive concerns, but also may raise questions about whether participants have agreed to anticompetitive restraints on the remaining competition.

Mergers are designed to be permanent, while competitor collaborations are more typically of limited duration. Thus, participants in a collaboration typically remain potential competitors, even if they are not actual competitors for certain purposes (*e.g.*, R&D) during the collaboration. The potential for future competition between participants in a collaboration requires antitrust scrutiny different from that required for mergers.

Nonetheless, in some cases, competitor collaborations have competitive effects identical to those that would arise if the participants merged in whole or in part. The Agencies treat a competitor collaboration as a horizontal merger in a relevant market and analyze the collaboration pursuant to the *Horizontal Merger Guidelines* if appropriate, which ordinarily is when: (a) the participants are competitors in that relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period[10] by its own specific and express terms.[11] Effects of the collaboration on competition in other markets are analyzed as appropriate under these Guidelines or other applicable precedent. *See* Example 1.[12]

SECTION 2: GENERAL PRINCIPLES FOR EVALUATING AGREEMENTS AMONG COMPETITORS

2.1 Potential Procompetitive Benefits

---

[10] In general, the Agencies use ten years as a term indicating sufficient permanence to justify treatment of a competitor collaboration as analogous to a merger. The length of this term may vary, however, depending on industry-specific circumstances, such as technology life cycles.

[11] This definition, however, does not determine obligations arising under the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. § 18a.

[12] Examples illustrating this and other points set forth in these Guidelines are included in the Appendix.

The Agencies recognize that consumers may benefit from competitor collaborations in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable participants to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought to market faster than would be possible absent the collaboration. A collaboration may allow its participants to better use existing assets, or may provide incentives for them to make output-enhancing investments that would not occur absent the collaboration. The potential efficiencies from competitor collaborations may be achieved through a variety of contractual arrangements including joint ventures, trade or professional associations, licensing arrangements, or strategic alliances.

Efficiency gains from competitor collaborations often stem from combinations of different capabilities or resources. For example, one participant may have special technical expertise that usefully complements another participant's manufacturing process, allowing the latter participant to lower its production cost or improve the quality of its product. In other instances, a collaboration may facilitate the attainment of scale or scope economies beyond the reach of any single participant. For example, two firms may be able to combine their research or marketing activities to lower their cost of bringing their products to market, or reduce the time needed to develop and begin commercial sales of new products. Consumers may benefit from these collaborations as the participants are able to lower prices, improve quality, or bring new products to market faster.

2.2 Potential Anticompetitive Harms

Competitor collaborations may harm competition and consumers by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Such effects may arise through a variety of mechanisms. Among other things, agreements may limit independent decision making or combine the control of or financial interests in production, key assets, or decisions regarding price, output, or other competitively sensitive variables, or may otherwise reduce the participants' ability or incentive to compete independently.

Competitor collaborations also may facilitate explicit or tacit collusion through facilitating practices such as the exchange or disclosure of competitively sensitive information or through increased market concentration. Such collusion may involve the relevant market in which the collaboration operates or another market in which the participants in the collaboration are actual or potential competitors.

2.3 Analysis of the Overall Collaboration and the Agreements of Which It Consists

A competitor collaboration comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom. In general, the Agencies assess the competitive effects of the overall

collaboration and any individual agreement or set of agreements within the collaboration that may harm competition. For purposes of these Guidelines, the phrase "relevant agreement" refers to whichever of these three – the overall collaboration, an individual agreement, or a set of agreements – the evaluating Agency is assessing. Two or more agreements are assessed together if their procompetitive benefits or anticompetitive harms are so intertwined that they cannot meaningfully be isolated and attributed to any individual agreement. *See* Example 2.

2.4 Competitive Effects Are Assessed as of the Time of Possible Harm to Competition

The competitive effects of a relevant agreement may change over time, depending on changes in circumstances such as internal reorganization, adoption of new agreements as part of the collaboration, addition or departure of participants, new market conditions, or changes in market share. The Agencies assess the competitive effects of a relevant agreement as of the time of possible harm to competition, whether at formation of the collaboration or at a later time, as appropriate. *See* Example 3. However, an assessment after a collaboration has been formed is sensitive to the reasonable expectations of participants whose significant sunk cost investments in reliance on the relevant agreement were made before it became anticompetitive.

SECTION 3: ANALYTICAL FRAMEWORK FOR EVALUATING AGREEMENTS AMONG COMPETITORS

3.1 Introduction

Section 3 sets forth the analytical framework that the Agencies use to evaluate the competitive effects of a competitor collaboration and the agreements of which it consists. Certain types of agreements are so likely to be harmful to competition and to have no significant benefits that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects.[13] Once identified, such agreements are challenged as per se illegal.[14]

Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason. Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. Under the rule of reason, the central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Given the great variety of competitor collaborations, rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. Rule of reason analysis focuses on only those factors, and undertakes only the degree of factual inquiry, necessary to assess accurately the overall competitive effect of the

---

[13] *See* Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 50 n.16 (1977).

[14] *See Superior Court Trial Lawyers Assn* , 493 U.S. at 432-36.

relevant agreement.[15]

3.2 Agreements Challenged as Per Se Illegal

Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output are per se illegal.[16] The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Typically these are agreements not to compete on price or output. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce.[17] The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.

If, however, participants in an efficiency-enhancing integration of economic activity enter into an agreement that is reasonably related to the integration and reasonably necessary to achieve its procompetitive benefits, the Agencies analyze the agreement under the rule of reason, even if it is of a type that might otherwise be considered per se illegal.[18] *See* Example 4. In an efficiency-enhancing integration, participants collaborate to perform or cause to be performed (by a joint venture entity created by the collaboration or by one or more participants or by a third party acting on behalf of other participants) one or more business functions, such as production, distribution, marketing, purchasing or R&D, and thereby benefit, or potentially benefit, consumers by expanding output, reducing price, or enhancing quality, service, or innovation. Participants in an efficiency-enhancing integration typically combine, by contract or otherwise, significant capital, technology, or other complementary assets to achieve procompetitive benefits that the participants could not achieve separately. The mere coordination of decisions on price, output, customers, territories, and the like is not integration, and cost savings without integration are not a basis for avoiding per se condemnation. The integration must be of a type that plausibly would generate procompetitive benefits cognizable under the efficiencies analysis set forth in Section 3.36 below. Such procompetitive benefits may enhance the participants' ability or incentives to compete and thus may offset an agreement's anticompetitive tendencies. *See* Examples 5 through 7.

---

[15] *See California Dental Ass'n*, 119 S. Ct. at 1617-18; *Indiana Fed'n of Dentists*, 476 U.S. at 459-61; *NCAA*, 468 U.S. at 104-13.

[16] *See* Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., 441 U.S. 1, 19-20 (1979).

[17] *See, e.g.*, Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (1990) (market allocation); United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927) (price fixing).

[18] *See* Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y, 457 U.S. 332, 339 n.7, 356-57 (1982) (finding no integration).

An agreement may be "reasonably necessary" without being essential. However, if the participants could achieve an equivalent or comparable efficiency-enhancing integration through practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the agreement is not reasonably necessary.[19] In making this assessment, except in unusual circumstances, the Agencies consider whether practical, significantly less restrictive means were reasonably available when the agreement was entered into, but do not search for a theoretically less restrictive alternative that was not practical given the business realities.

Before accepting a claim that an agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from an integration of economic activity, the Agencies undertake a limited factual inquiry to evaluate the claim.[20] Such an inquiry may reveal that efficiencies from an agreement that are possible in theory are not plausible in the context of the particular collaboration. Some claims – such as those premised on the notion that competition itself is unreasonable – are insufficient as a matter of law,[21] and others may be implausible on their face. In any case, labeling an arrangement a "joint venture" will not protect what is merely a device to raise price or restrict output; [22] the nature of the conduct, not its designation, is determinative.

---

[19] *See id.* at 352-53 (observing that even if a maximum fee schedule for physicians' services were desirable, it was not necessary that the schedule be established by physicians rather than by insurers); *Broadcast Music*, 441 U.S. at 20-21 (setting of price "necessary" for the blanket license).

[20] *See Maricopa*, 457 U.S. at 352-53, 356-57 (scrutinizing the defendant medical foundations for indicia of integration and evaluating the record evidence regarding less restrictive alternatives).

[21] *See Indiana Fedn of Dentists* , 476 U.S. at 463-64; *NCAA*, 468 U.S. at 116-17; *Profl. Engrs* , 435 U.S. at 693-96. Other claims, such as an absence of market power, are no defense to per se illegality. *See Superior Court Trial Lawyers Assn* , 493 U.S. at 434-36; United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 224-26 & n.59 (1940).

[22] *See* Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593, 598 (1951).

3.3 Agreements Analyzed under the Rule of Reason

Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.[23]

Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances.[24] The Agencies focus on only those factors, and undertake only that factual inquiry, necessary to make a sound determination of the overall competitive effect of the relevant agreement. Ordinarily, however, no one factor is dispositive in the analysis.

Under the rule of reason, the Agencies' analysis begins with an examination of the nature of the relevant agreement, since the nature of the agreement determines the types of anticompetitive harms that may be of concern. As part of this examination, the Agencies ask about the business purpose of the agreement and examine whether the agreement, if already in operation, has caused anticompetitive harm.[25] If the nature of the agreement and the absence of market power[26] together demonstrate the absence of anticompetitive harm, the Agencies do not challenge the agreement. *See* Example 8. Alternatively, where the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement,[27] or anticompetitive harm has resulted from an agreement

---

[23] In addition, concerns may arise where an agreement increases the ability or incentive of buyers to exercise monopsony power. *See infra* Section 3.31(a).

[24] *See California Dental Ass'n*, 119 S. Ct. at 1612-13, 1617 ("What is required . . . is an enquiry meet for the case, looking to the circumstances, details, and logic of a restraint."); *NCAA*, 468 U.S. 109 n.39 ("the rule of reason can sometimes be applied in the twinkling of an eye") (quoting Phillip E. Areeda, *The "Rule of Reason" in Antitrust Analysis: General Issues* 37-38 (Federal Judicial Center, June 1981)).

[25] *See* Board of Trade of the City of Chicago v. United States, 246 U.S. 231, 238 (1918).

[26] That market power is absent may be determined without defining a relevant market. For example, if no market power is likely under any plausible market definition, it does not matter which one is correct. Alternatively, easy entry may indicate an absence of market power.

[27] *See California Dental Ass'n*, 119 S. Ct. at 1612-13, 1617 (an "obvious anticompetitive effect" would warrant quick condemnation); *Indiana Fed'n of Dentists*, 476 U.S. at 459; *NCAA*, 468 U.S. at 104, 106-10.

already in operation,[28] then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.[29]

If the initial examination of the nature of the agreement indicates possible competitive concerns, but the agreement is not one that would be challenged without a detailed market analysis, the Agencies analyze the agreement in greater depth. The Agencies typically define relevant markets and calculate market shares and concentration as an initial step in assessing whether the agreement may create or increase market power[30] or facilitate its exercise and thus poses risks to competition.[31] The Agencies examine factors relevant to the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independently, such as whether an agreement is exclusive or non-exclusive and its duration.[32] The Agencies also evaluate whether entry would be timely, likely, and sufficient to deter or counteract any anticompetitive harms. In addition, the Agencies assess any other market circumstances that may foster or impede anticompetitive harms.

If the examination of these factors indicates no potential for anticompetitive harm, the Agencies end the investigation without considering procompetitive benefits. If investigation indicates anticompetitive harm, the Agencies examine whether the relevant agreement is reasonably

---

[28] *See Indiana Fedn of Dentists* , 476 U.S. at 460-61 ("Since the purpose of the inquiries into market definition and market power is to determine whether an arrangement has the potential for genuine adverse effects on competition, 'proof of actual detrimental effects, such as a reduction of output,' can obviate the need for an inquiry into market power, which is but a 'surrogate for detrimental effects.'") (quoting 7 Phillip E. Areeda, *Antitrust Law* ¶ 1511, at 424 (1986)); *NCAA*, 468 U.S. at 104-08, 110 n.42.

[29] *See Indiana Fedn of Dentists* , 476 U.S. at 459-60 (condemning without "detailed market analysis" an agreement to limit competition by withholding x-rays from patients' insurers after finding no competitive justification).

[30] Market power to a seller is the ability profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time. Sellers also may exercise market power with respect to significant competitive dimensions other than price, such as quality, service, or innovation. Market power to a buyer is the ability profitably to depress the price paid for a product below the competitive level for a significant period of time and thereby depress output.

[31] *See* Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 464 (1992).

[32] *Compare NCAA*, 468 U.S. at 113-15, 119-20 (noting that colleges were not permitted to televise their own games without restraint), *with Broadcast Music*, 441 U.S. at 23-24 (finding no legal or practical impediment to individual licenses).

necessary to achieve procompetitive benefits that likely would offset anticompetitive harms.[33]

3.31 Nature of the Relevant Agreement: Business Purpose, Operation in the Marketplace and Possible Competitive Concerns

The nature of the agreement is relevant to whether it may cause anticompetitive harm. For example, by limiting independent decision making or combining control over or financial interests in production, key assets, or decisions on price, output, or other competitively sensitive variables, an agreement may create or increase market power or facilitate its exercise by the collaboration, its participants, or both. An agreement to limit independent decision making or to combine control or financial interests may reduce the ability or incentive to compete independently. An agreement also may increase the likelihood of an exercise of market power by facilitating explicit or tacit collusion,[34] either through facilitating practices such as an exchange of competitively sensitive information or through increased market concentration.

In examining the nature of the relevant agreement, the Agencies take into account inferences about business purposes for the agreement that can be drawn from objective facts. The Agencies also consider evidence of the subjective intent of the participants to the extent that it sheds light on competitive effects.[35] The Agencies do not undertake a full analysis of procompetitive benefits pursuant to Section 3.36 below, however, unless an anticompetitive harm appears likely. The Agencies also examine whether an agreement already in operation has caused anticompetitive harm.[36] Anticompetitive harm may be observed, for example, if a competitor collaboration successfully mandates new, anticompetitive conduct or successfully eliminates procompetitive pre-collaboration conduct, such as withholding services that were desired by consumers when offered in a competitive market. If anticompetitive harm is found, examination of market power ordinarily is not required. In some cases, however, a determination of anticompetitive harm may be informed by consideration of market power.

---

[33] *See NCAA*, 468 U.S. at 113-15 (rejecting efficiency claims when production was limited, not enhanced); *Prof'l. Eng'rs* , 435 U.S. at 696 (dictum) (distinguishing restraints that promote competition from those that eliminate competition); *Chicago Bd. of Trade*, 246 U.S. at 238 (same).

[34] As used in these Guidelines, "collusion" is not limited to conduct that involves an agreement under the antitrust laws.

[35] Anticompetitive intent alone does not establish an antitrust violation, and procompetitive intent does not preclude a violation. *See, e.g., Chicago Bd. of Trade*, 246 U.S. at 238. But extrinsic evidence of intent may aid in evaluating market power, the likelihood of anticompetitive harm, and claimed procompetitive justifications where an agreement's effects are otherwise ambiguous.

[36] *See id.*

The following sections illustrate competitive concerns that may arise from the nature of particular types of competitor collaborations. This list is not exhaustive. In addition, where these sections address agreements of a type that otherwise might be considered per se illegal, such as agreements on price, the discussion assumes that the agreements already have been determined to be subject to rule of reason analysis because they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity. *See supra* Section 3.2.

3.31(a) Relevant Agreements that Limit Independent Decision Making or Combine Control or Financial Interests

The following is intended to illustrate but not exhaust the types of agreements that might harm competition by eliminating independent decision making or combining control or financial interests.

Production Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to produce a product sold to others or used by the participants as an input. Such agreements are often procompetitive.[37] Participants may combine complementary technologies, know-how, or other assets to enable the collaboration to produce a good more efficiently or to produce a good that no one participant alone could produce. However, production collaborations may involve agreements on the level of output or the use of key assets, or on the price at which the product will be marketed by the collaboration, or on other competitively significant variables, such as quality, service, or promotional strategies, that can result in anticompetitive harm. Such agreements can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making or by combining in the collaboration, or in certain participants, the control over some or all production or key assets or decisions about key competitive variables that otherwise would be controlled independently.[38] Such agreements could reduce individual participants' control over assets necessary to compete and thereby reduce their ability to compete independently, combine financial interests in ways that undermine incentives to compete

---

[37] The *NCRPA* accords rule of reason treatment to certain production collaborations. However, the statute permits per se challenges, in appropriate circumstances, to a variety of activities, including agreements to jointly market the goods or services produced or to limit the participants' independent sale of goods or services produced outside the collaboration. *NCRPA*, 15 U.S.C. §§ 4301-02.

[38] For example, where output resulting from a collaboration is transferred to participants for independent marketing, anticompetitive harm could result if that output is restricted or if the transfer takes place at a supracompetitive price. Such conduct could raise participants' marginal costs through inflated per-unit charges on the transfer of the collaboration's output. Anticompetitive harm could occur even if there is vigorous competition among collaboration participants in the output market, since all the participants would have paid the same inflated transfer price.

independently, or both.

Marketing Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to sell, distribute, or promote goods or services that are either jointly or individually produced. Such agreements may be procompetitive, for example, where a combination of complementary assets enables products more quickly and efficiently to reach the marketplace. However, marketing collaborations may involve agreements on price, output, or other competitively significant variables, or on the use of competitively significant assets, such as an extensive distribution network, that can result in anticompetitive harm. Such agreements can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making; by combining in the collaboration, or in certain participants, control over competitively significant assets or decisions about competitively significant variables that otherwise would be controlled independently; or by combining financial interests in ways that undermine incentives to compete independently. For example, joint promotion might reduce or eliminate comparative advertising, thus harming competition by restricting information to consumers on price and other competitively significant variables.

Buying Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to purchase necessary inputs. Many such agreements do not raise antitrust concerns and indeed may be procompetitive. Purchasing collaborations, for example, may enable participants to centralize ordering, to combine warehousing or distribution functions more efficiently, or to achieve other efficiencies. However, such agreements can create or increase market power (which, in the case of buyers, is called "monopsony power") or facilitate its exercise by increasing the ability or incentive to drive the price of the purchased product, and thereby depress output, below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Buying collaborations also may facilitate collusion by standardizing participants' costs or by enhancing the ability to project or monitor a participant's output level through knowledge of its input purchases.

Research & Development Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements to engage in joint research and development ("R&D"). Most such agreements are procompetitive, and they typically are analyzed under the rule of reason.[39] Through the combination of complementary assets, technology, or know-how, an R&D collaboration may enable participants more quickly or more efficiently to research and develop new or improved goods, services, or production processes. Joint R&D agreements, however, can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making or by combining in the collaboration, or in certain participants, control over competitively significant assets or all or a portion of participants' individual competitive R&D efforts. Although R&D collaborations also may facilitate tacit collusion on R&D efforts, achieving, monitoring, and punishing departures from collusion is sometimes difficult in the R&D context.

---

[39] Aspects of the antitrust analysis of competitor collaborations involving R&D are governed by provisions of the *NCRPA*, 15 U.S.C. §§ 4301-02.

An exercise of market power may injure consumers by reducing innovation below the level that otherwise would prevail, leading to fewer or no products for consumers to choose from, lower quality products, or products that reach consumers more slowly than they otherwise would. An exercise of market power also may injure consumers by reducing the number of independent competitors in the market for the goods, services, or production processes derived from the R&D collaboration, leading to higher prices or reduced output, quality, or service. A central question is whether the agreement increases the ability or incentive anticompetitively to reduce R&D efforts pursued independently or through the collaboration, for example, by slowing the pace at which R&D efforts are pursued. Other considerations being equal, R&D agreements are more likely to raise competitive concerns when the collaboration or its participants already possess a secure source of market power over an existing product and the new R&D efforts might cannibalize their supracompetitive earnings. In addition, anticompetitive harm generally is more likely when R&D competition is confined to firms with specialized characteristics or assets, such as intellectual property, or when a regulatory approval process limits the ability of late-comers to catch up with competitors already engaged in the R&D.

3.31(b) Relevant Agreements that May Facilitate Collusion

Each of the types of competitor collaborations outlined above can facilitate collusion. Competitor collaborations may provide an opportunity for participants to discuss and agree on anticompetitive terms, or otherwise to collude anticompetitively, as well as a greater ability to detect and punish deviations that would undermine the collusion. Certain marketing, production, and buying collaborations, for example, may provide opportunities for their participants to collude on price, output, customers, territories, or other competitively sensitive variables. R&D collaborations, however, may be less likely to facilitate collusion regarding R&D activities since R&D often is conducted in secret, and it thus may be difficult to monitor an agreement to coordinate R&D. In addition, collaborations can increase concentration in a relevant market and thus increase the likelihood of collusion among all firms, including the collaboration and its participants.

Agreements that facilitate collusion sometimes involve the exchange or disclosure of information. The Agencies recognize that the sharing of information among competitors may be procompetitive and is often reasonably necessary to achieve the procompetitive benefits of certain collaborations; for example, sharing certain technology, know-how, or other intellectual property may be essential to achieve the procompetitive benefits of an R&D collaboration. Nevertheless, in some cases, the sharing of information related to a market in which the collaboration operates or in which the participants are actual or potential competitors may increase the likelihood of collusion on matters such as price, output, or other competitively sensitive variables. The competitive concern depends on the nature of the information shared. Other things being equal, the sharing of information relating to price, output, costs, or strategic planning is more likely to raise competitive concern than the sharing of information relating to less competitively sensitive variables. Similarly, other things being equal, the sharing of information on current operating and future business plans is more likely to raise concerns than the sharing of historical information.

Finally, other things being equal, the sharing of individual company data is more likely to raise concern than the sharing of aggregated data that does not permit recipients to identify individual firm data.

3.32 Relevant Markets Affected by the Collaboration

The Agencies typically identify and assess competitive effects in all of the relevant product and geographic markets in which competition may be affected by a competitor collaboration, although in some cases it may be possible to assess competitive effects directly without defining a particular relevant market(s). Markets affected by a competitor collaboration include all markets in which the economic integration of the participants' operations occurs or in which the collaboration operates or will operate,[40] and may also include additional markets in which any participant is an actual or potential competitor.[41]

3.32(a) Goods Markets

In general, for goods[42] markets affected by a competitor collaboration, the Agencies approach relevant market definition as described in Section 1 of the *Horizontal Merger Guidelines*. To determine the relevant market, the Agencies generally consider the likely reaction of buyers to a price increase and typically ask, among other things, how buyers would respond to increases over prevailing price levels. However, when circumstances strongly suggest that the prevailing price exceeds what likely would have prevailed absent the relevant agreement, the Agencies use a price more reflective of the price that likely would have prevailed. Once a market has been defined, market shares are assigned both to firms currently in the relevant market and to firms that are able to make "uncommitted" supply responses. *See* Sections 1.31 and 1.32 of the *Horizontal Merger Guidelines*.

3.32(b) Technology Markets

When rights to intellectual property are marketed separately from the products in which they are used, the Agencies may define technology markets in assessing the competitive effects of a competitor collaboration that includes an agreement to license intellectual property. Technology markets consist of the intellectual property that is licensed and its close substitutes;

---

[40] For example, where a production joint venture buys inputs from an upstream market to incorporate in products to be sold in a downstream market, both upstream and downstream markets may be "markets affected by a competitor collaboration."

[41] Participation in the collaboration may change the participants' behavior in this third category of markets, for example, by altering incentives and available information, or by providing an opportunity to form additional agreements among participants.

[42] The term "goods" also includes services.

that is, the technologies or goods that are close enough substitutes significantly to constrain the exercise of market power with respect to the intellectual property that is licensed. The Agencies approach the definition of a relevant technology market and the measurement of market share as described in Section 3.2.2 of the *Intellectual Property Guidelines.*

3.32(c) Research and Development: Innovation Markets

In many cases, an agreement's competitive effects on innovation are analyzed as a separate competitive effect in a relevant goods market. However, if a competitor collaboration may have competitive effects on innovation that cannot be adequately addressed through the analysis of goods or technology markets, the Agencies may define and analyze an innovation market as described in Section 3.2.3 of the *Intellectual Property Guidelines.* An innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes and the close substitutes for that research and development. The Agencies define an innovation market only when the capabilities to engage in the relevant research and development can be associated with specialized assets or characteristics of specific firms.

3.33 Market Shares and Market Concentration

Market share and market concentration affect the likelihood that the relevant agreement will create or increase market power or facilitate its exercise. The creation, increase, or facilitation of market power will likely increase the ability and incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.

Other things being equal, market share affects the extent to which participants or the collaboration must restrict their own output in order to achieve anticompetitive effects in a relevant market. The smaller the percentage of total supply that a firm controls, the more severely it must restrict its own output in order to produce a given price increase, and the less likely it is that an output restriction will be profitable. In assessing whether an agreement may cause anticompetitive harm, the Agencies typically calculate the market shares of the participants and of the collaboration.[43] The Agencies assign a range of market shares to the collaboration. The high end of that range is the sum of the market shares of the collaboration and its participants. The low end is the share of the collaboration in isolation. In general, the Agencies approach the calculation of market share as set forth in Section 1.4 of the *Horizontal Merger Guidelines.*

Other things being equal, market concentration affects the difficulties and costs of achieving and

---

[43] When the competitive concern is that a limitation on independent decision making or a combination of control or financial interests may yield an anticompetitive reduction of research and development, the Agencies typically frame their inquiries more generally, looking to the strength, scope, and number of competing R&D efforts and their close substitutes. *See supra* Sections 3.31(a) and 3.32(c).

enforcing collusion in a relevant market. Accordingly, in assessing whether an agreement may increase the likelihood of collusion, the Agencies calculate market concentration. In general, the Agencies approach the calculation of market concentration as set forth in Section 1.5 of the *Horizontal Merger Guidelines*, ascribing to the competitor collaboration the same range of market shares described above.

Market share and market concentration provide only a starting point for evaluating the competitive effect of the relevant agreement. The Agencies also examine other factors outlined in the *Horizontal Merger Guidelines* as set forth below:

The Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 1.52 of the *Horizontal Merger Guidelines* indicate that market share and concentration data overstate or understate the likely competitive significance of participants and their collaboration.

In assessing whether anticompetitive harm may arise from an agreement that combines control over or financial interests in assets or otherwise limits independent decision making, the Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 2.2 of the *Horizontal Merger Guidelines* suggest that anticompetitive harm is more or less likely.

In assessing whether anticompetitive harms may arise from an agreement that may increase the likelihood of collusion, the Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 2.1 of the *Horizontal Merger Guidelines* suggest that anticompetitive harm is more or less likely.

In evaluating the significance of market share and market concentration data and interpreting the range of market shares ascribed to the collaboration, the Agencies also examine factors beyond those set forth in the *Horizontal Merger Guidelines*. The following section describes which factors are relevant and the issues that the Agencies examine in evaluating those factors.

3.34 Factors Relevant to the Ability and Incentive of the Participants and the Collaboration to Compete

Competitor collaborations sometimes do not end competition among the participants and the collaboration. Participants may continue to compete against each other and their collaboration, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations. Collaborations may be managed by decision makers independent of the individual participants. Control over key competitive variables may remain outside the collaboration, such as where participants independently market and set prices for the collaboration's output.

Sometimes, however, competition among the participants and the collaboration may be restrained through explicit contractual terms or through financial or other provisions that reduce or eliminate the incentive to compete. The Agencies look to the competitive benefits and harms of the relevant agreement, not merely the formal terms of agreements among the participants.

Where the nature of the agreement and market share and market concentration data reveal a likelihood of anticompetitive harm, the Agencies more closely examine the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independent of each other. The Agencies are likely to focus on six factors: (a) the extent to which the relevant agreement is non-exclusive in that participants are likely to continue to compete independently outside the collaboration in the market in which the collaboration operates; (b) the extent to which participants retain independent control of assets necessary to compete; (c) the nature and extent of participants' financial interests in the collaboration or in each other; (d) the control of the collaboration's competitively significant decision making; (e) the likelihood of anticompetitive information sharing; and (f) the duration of the collaboration.

Each of these factors is discussed in further detail below. Consideration of these factors may reduce or increase competitive concern. The analysis necessarily is flexible: the relevance and significance of each factor depends upon the facts and circumstances of each case, and any additional factors pertinent under the circumstances are considered. For example, when an agreement is examined subsequent to formation of the collaboration, the Agencies also examine factual evidence concerning participants' actual conduct.

3.34(a) Exclusivity

The Agencies consider whether, to what extent, and in what manner the relevant agreement permits participants to continue to compete against each other and their collaboration, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations. The Agencies inquire whether a collaboration is non-exclusive in fact as well as in name and consider any costs or other impediments to competing with the collaboration. In assessing exclusivity when an agreement already is in operation, the Agencies examine whether, to what extent, and in what manner participants actually have continued to compete against each other and the collaboration. In general, competitive concern likely is reduced to the extent that participants actually have continued to compete, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations, or are permitted to do so.

3.34(b) Control over Assets

The Agencies ask whether the relevant agreement requires participants to contribute to the collaboration significant assets that previously have enabled or likely would enable participants to be effective independent competitors in markets affected by the collaboration. If such resources must be contributed to the collaboration and are specialized in that they cannot readily be replaced, the participants may have lost all or some of their ability to compete against each other and their collaboration, even if they retain the contractual right to do so.[44] In general, the greater

---

[44] For example, if participants in a production collaboration must contribute most of their productive capacity to the collaboration, the collaboration may impair the ability of its participants to remain effective independent competitors regardless of the terms of the agreement.

the contribution of specialized assets to the collaboration that is required, the less the participants may be relied upon to provide independent competition.

3.34(c) Financial Interests in the Collaboration or in Other Participants

The Agencies assess each participant's financial interest in the collaboration and its potential impact on the participant's incentive to compete independently with the collaboration. The potential impact may vary depending on the size and nature of the financial interest (e.g., whether the financial interest is debt or equity). In general, the greater the financial interest in the collaboration, the less likely is the participant to compete with the collaboration.[45] The Agencies also assess direct equity investments between or among the participants. Such investments may reduce the incentives of the participants to compete with each other. In either case, the analysis is sensitive to the level of financial interest in the collaboration or in another participant relative to the level of the participant's investment in its independent business operations in the markets affected by the collaboration.

3.34(d) Control of the Collaboration's Competitively Significant Decision Making

The Agencies consider the manner in which a collaboration is organized and governed in assessing the extent to which participants and their collaboration have the ability and incentive to compete independently. Thus, the Agencies consider the extent to which the collaboration's governance structure enables the collaboration to act as an independent decision maker. For example, the Agencies ask whether participants are allowed to appoint members of a board of directors for the collaboration, if incorporated, or otherwise to exercise significant control over the operations of the collaboration. In general, the collaboration is less likely to compete independently as participants gain greater control over the collaboration's price, output, and other competitively significant decisions.[46]

To the extent that the collaboration's decision making is subject to the participants' control, the Agencies consider whether that control could be exercised jointly. Joint control over the collaboration's price and output levels could create or increase market power and raise competitive concerns. Depending on the nature of the collaboration, competitive concern also may arise due to joint control over other competitively significant decisions, such as the level and

---

[45] Similarly, a collaboration's financial interest in a participant may diminish the collaboration's incentive to compete with that participant.

[46] Control may diverge from financial interests. For example, a small equity investment may be coupled with a right to veto large capital expenditures and, thereby, to effectively limit output. The Agencies examine a collaboration's actual governance structure in assessing issues of control.

scope of R&D efforts and investment. In contrast, to the extent that participants independently set the price and quantity [47] of their share of a collaboration's output and independently control other competitively significant decisions, an agreement's likely anticompetitive harm is reduced. [48]

3.34(e) Likelihood of Anticompetitive Information Sharing

The Agencies evaluate the extent to which competitively sensitive information concerning markets affected by the collaboration likely would be disclosed. This likelihood depends on, among other things, the nature of the collaboration, its organization and governance, and safeguards implemented to prevent or minimize such disclosure. For example, participants might refrain from assigning marketing personnel to an R&D collaboration, or, in a marketing collaboration, participants might limit access to competitively sensitive information regarding their respective operations to only certain individuals or to an independent third party. Similarly, a buying collaboration might use an independent third party to handle negotiations in which its participants' input requirements or other competitively sensitive information could be revealed. In general, it is less likely that the collaboration will facilitate collusion on competitively sensitive variables if appropriate safeguards governing information sharing are in place.

3.34(f) Duration of the Collaboration

The Agencies consider the duration of the collaboration in assessing whether participants retain the ability and incentive to compete against each other and their collaboration. In general, the shorter the duration, the more likely participants are to compete against each other and their collaboration.

3.35 Entry

Easy entry may deter or prevent profitably maintaining price above, or output, quality, service or innovation below, what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Where the nature of the agreement and market share and concentration data suggest a likelihood of anticompetitive harm that is not sufficiently mitigated by any continuing competition identified

---

[47] Even if prices to consumers are set independently, anticompetitive harms may still occur if participants jointly set the collaboration's level of output. For example, participants may effectively coordinate price increases by reducing the collaboration's level of output and collecting their profits through high transfer prices, *i.e.*, through the amounts that participants contribute to the collaboration in exchange for each unit of the collaboration's output. Where a transfer price is determined by reference to an objective measure not under the control of the participants, (*e.g.*, average price in a different unconcentrated geographic market), competitive concern may be less likely.

[48] Anticompetitive harm also is less likely if individual participants may independently increase the overall output of the collaboration.

through the analysis in Section 3.34, the Agencies inquire whether entry would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the anticompetitive harm of concern. If so, the relevant agreement ordinarily requires no further analysis.

As a general matter, the Agencies assess timeliness, likelihood, and sufficiency of committed entry under principles set forth in Section 3 of the *Horizontal Merger Guidelines*.[49] However, unlike mergers, competitor collaborations often restrict only certain business activities, while preserving competition among participants in other respects, and they may be designed to terminate after a limited duration. Consequently, the extent to which an agreement creates and enables identification of opportunities that would induce entry and the conditions under which ease of entry may deter or counteract anticompetitive harms may be more complex and less direct than for mergers and will vary somewhat according to the nature of the relevant agreement. For example, the likelihood of entry may be affected by what potential entrants believe about the probable duration of an anticompetitive agreement. Other things being equal, the shorter the anticipated duration of an anticompetitive agreement, the smaller the profit opportunities for potential entrants, and the lower the likelihood that it will induce committed entry. Examples of other differences are set forth below.

For certain collaborations, sufficiency of entry may be affected by the possibility that entrants will participate in the anticompetitive agreement. To the extent that such participation raises the amount of entry needed to deter or counteract anticompetitive harms, and assets required for entry are not adequately available for entrants to respond fully to their sales opportunities, or otherwise renders entry inadequate in magnitude, character or scope, sufficient entry may be more difficult to achieve.[50]

---

[49] Committed entry is defined as new competition that requires expenditure of significant sunk costs of entry and exit. *See* Section 3.0 of the *Horizontal Merger Guidelines*.

[50] Under the same principles applied to production and marketing collaborations, the exercise of monopsony power by a buying collaboration may be deterred or counteracted by the entry of new purchasers. To the extent that collaborators reduce their purchases, they may create an opportunity for new buyers to make purchases without forcing the price of the input above pre-relevant agreement levels. Committed purchasing entry, defined as new purchasing competition that requires expenditure of significant sunk costs of entry and exit — such as a new steel factory built in response to a reduction in the price of iron ore — is analyzed under principles analogous to those articulated in Section 3 of the *Horizontal Merger Guidelines*. Under that analysis, the Agencies assess whether a monopsonistic price reduction is likely to attract committed purchasing entry, profitable at pre-relevant agreement prices, that would not have occurred before the relevant agreement at those same prices. (Uncommitted new buyers are identified as participants in the relevant market if their demand responses to a price decrease are likely to occur within one year and without the expenditure of significant sunk costs of entry and exit. *See id.* at Sections 1.32 and 1.41.)

In the context of research and development collaborations, widespread availability of R&D capabilities and the large gains that may accrue to successful innovators often suggest a high likelihood that entry will deter or counteract anticompetitive reductions of R&D efforts. Nonetheless, such conditions do not always pertain, and the Agencies ask whether entry may deter or counteract anticompetitive R&D reductions, taking into account the likelihood, timeliness, and sufficiency of entry.

To be timely, entry must be sufficiently prompt to deter or counteract such harms. The Agencies evaluate the likelihood of entry based on the extent to which potential entrants have (1) core competencies (and the ability to acquire any necessary specialized assets) that give them the ability to enter into competing R&D and (2) incentives to enter into competing R&D. The sufficiency of entry depends on whether the character and scope of the entrants' R&D efforts are close enough to the reduced R&D efforts to be likely to achieve similar innovations in the same time frame or otherwise to render a collaborative reduction of R&D unprofitable.

3.36 Identifying Procompetitive Benefits of the Collaboration

Competition usually spurs firms to achieve efficiencies internally. Nevertheless, as explained above, competitor collaborations have the potential to generate significant efficiencies that benefit consumers in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable firms to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought to market faster than would otherwise be possible. Efficiency gains from competitor collaborations often stem from combinations of different capabilities or resources. *See supra* Section 2.1. Indeed, the primary benefit of competitor collaborations to the economy is their potential to generate such efficiencies.

Efficiencies generated through a competitor collaboration can enhance the ability and incentive of the collaboration and its participants to compete, which may result in lower prices, improved quality, enhanced service, or new products. For example, through collaboration, competitors may be able to produce an input more efficiently than any one participant could individually; such collaboration-generated efficiencies may enhance competition by permitting two or more ineffective (*e.g.*, high cost) participants to become more effective, lower cost competitors. Even when efficiencies generated through a competitor collaboration enhance the collaboration's or the participants' ability to compete, however, a competitor collaboration may have other effects that may lessen competition and ultimately may make the relevant agreement anticompetitive.

If the Agencies conclude that the relevant agreement has caused, or is likely to cause, anticompetitive harm, they consider whether the agreement is reasonably necessary to achieve "cognizable efficiencies." "Cognizable efficiencies" are efficiencies that have been verified by the Agencies, that do not arise from anticompetitive reductions in output or service, and that cannot be achieved through practical, significantly less restrictive means. *See infra* Sections 3.36(a) and 3.36(b). Cognizable efficiencies are assessed net of costs produced by the competitor collaboration or incurred in achieving those efficiencies.

3.36(a) Cognizable Efficiencies Must Be Verifiable and Potentially Procompetitive

Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the collaboration's participants. The participants must substantiate efficiency claims so that the Agencies can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency; how and when each would be achieved; any costs of doing so; how each would enhance the collaboration's or its participants' ability and incentive to compete; and why the relevant agreement is reasonably necessary to achieve the claimed efficiencies (*see* Section 3.36 (b)). Efficiency claims are not considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.

Moreover, cognizable efficiencies must be potentially procompetitive. Some asserted efficiencies, such as those premised on the notion that competition itself is unreasonable, are insufficient as a matter of law. Similarly, cost savings that arise from anticompetitive output or service reductions are not treated as cognizable efficiencies. *See* Example 9.

3.36(b) Reasonable Necessity and Less Restrictive Alternatives

The Agencies consider only those efficiencies for which the relevant agreement is reasonably necessary. An agreement may be "reasonably necessary" without being essential. However, if the participants could have achieved or could achieve similar efficiencies by practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the relevant agreement is not reasonably necessary to their achievement. In making this assessment, the Agencies consider only alternatives that are practical in the business situation faced by the participants; the Agencies do not search for a theoretically less restrictive alternative that is not realistic given business realities.

The reasonable necessity of an agreement may depend upon the market context and upon the duration of the agreement. An agreement that may be justified by the needs of a new entrant, for example, may not be reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies in different market circumstances. The reasonable necessity of an agreement also may depend on whether it deters individual participants from undertaking free riding or other opportunistic conduct that could reduce significantly the ability of the collaboration to achieve cognizable efficiencies. Collaborations sometimes include agreements to discourage any one participant from appropriating an undue share of the fruits of the collaboration or to align participants' incentives to encourage cooperation in achieving the efficiency goals of the collaboration. The Agencies assess whether such agreements are reasonably necessary to deter opportunistic conduct that otherwise would likely prevent the achievement of cognizable efficiencies. *See* Example 10.

3.37 Overall Competitive Effect

If the relevant agreement is reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies, the Agencies

assess the likelihood and magnitude of cognizable efficiencies and anticompetitive harms to determine the agreement's overall actual or likely effect on competition in the relevant market. To make the requisite determination, the Agencies consider whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to offset the potential of the agreement to harm consumers in the relevant market, for example, by preventing price increases.[51]

The Agencies' comparison of cognizable efficiencies and anticompetitive harms is necessarily an approximate judgment. In assessing the overall competitive effect of an agreement, the Agencies consider the magnitude and likelihood of both the anticompetitive harms and cognizable efficiencies from the relevant agreement. The likelihood and magnitude of anticompetitive harms in a particular case may be insignificant compared to the expected cognizable efficiencies, or vice versa. As the expected anticompetitive harm of the agreement increases, the Agencies require evidence establishing a greater level of expected cognizable efficiencies in order to avoid the conclusion that the agreement will have an anticompetitive effect overall. When the anticompetitive harm of the agreement is likely to be particularly large, extraordinarily great cognizable efficiencies would be necessary to prevent the agreement from having an anticompetitive effect overall.

SECTION 4: ANTITRUST SAFETY ZONES

4.1 Overview

Because competitor collaborations are often procompetitive, the Agencies believe that "safety zones" are useful in order to encourage such activity. The safety zones set out below are designed to provide participants in a competitor collaboration with a degree of certainty in those situations in which anticompetitive effects are so unlikely that the Agencies presume the arrangements to be lawful without inquiring into particular circumstances. They are not intended to discourage competitor collaborations that fall outside the safety zones.

The Agencies emphasize that competitor collaborations are not anticompetitive merely because they fall outside the safety zones. Indeed, many competitor collaborations falling outside the safety zones are procompetitive or competitively neutral. The Agencies analyze arrangements outside the safety zones based on the principles outlined in Section 3 above.

The following sections articulate two safety zones. Section 4.2 sets out a general safety zone

---

[51] In most cases, the Agencies' enforcement decisions depend on their analysis of the overall effect of the relevant agreement over the short term. The Agencies also will consider the effects of cognizable efficiencies with no short-term, direct effect on prices in the relevant market. Delayed benefits from the efficiencies (due to delay in the achievement of, or the realization of consumer benefits from, the efficiencies) will be given less weight because they are less proximate and more difficult to predict.

applicable to any competitor collaboration.[52] Section 4.3 establishes a safety zone applicable to research and development collaborations whose competitive effects are analyzed within an innovation market. These safety zones are intended to supplement safety zone provisions in the Agencies' other guidelines and statements of enforcement policy. [53]

4.2 Safety Zone for Competitor Collaborations in General

Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration when the market shares of the collaboration and its participants collectively account for no more than twenty percent of each relevant market in which competition may be affected.[54] The safety zone, however, does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis,[55] or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied.[56]

4.3 Safety Zone for Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets

Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration on the basis of effects on competition in an innovation market where three or more independently controlled research efforts in addition to those of the collaboration possess the required

---

[52] *See* Sections 1.1 and 1.3 above.

[53] The Agencies have articulated antitrust safety zones in *Health Care Statements* 7 & 8 and the *Intellectual Property Guidelines*, as well as in the *Horizontal Merger Guidelines*. The antitrust safety zones in these other guidelines relate to particular facts in a specific industry or to particular types of transactions.

[54] For purposes of the safety zone, the Agencies consider the combined market shares of the participants and the collaboration. For example, with a collaboration among two competitors where each participant individually holds a 6 percent market share in the relevant market and the collaboration separately holds a 3 percent market share in the relevant market, the combined market share in the relevant market for purposes of the safety zone would be 15 percent. This collaboration, therefore, would fall within the safety zone. However, if the collaboration involved three competitors, each with a 6 percent market share in the relevant market, the combined market share in the relevant market for purposes of the safety zone would be 21 percent, and the collaboration would fall outside the safety zone. Including market shares of the participants takes into account possible spillover effects on competition within the relevant market among the participants and their collaboration.

[55] *See supra* notes 27-29 and accompanying text in Section 3.3.

[56] *See* Section 1.3 above.

specialized assets or characteristics and the incentive to engage in R&D that is a close substitute for the R&D activity of the collaboration. In determining whether independently controlled R&D efforts are close substitutes, the Agencies consider, among other things, the nature, scope, and magnitude of the R&D efforts; their access to financial support; their access to intellectual property, skilled personnel, or other specialized assets; their timing; and their ability, either acting alone or through others, to successfully commercialize innovations. The antitrust safety zone does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis,[57] or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied.[58]

---

[57] *See supra* notes 27-29 and accompanying text in Section 3.3.

[58] *See* Section 1.3 above.

Appendix

Section 1.3

Example 1 (Competitor Collaboration/Merger)

Facts

Two oil companies agree to integrate all of their refining and refined product marketing operations. Under terms of the agreement, the collaboration will expire after twelve years; prior to that expiration date, it may be terminated by either participant on six months' prior notice. The two oil companies maintain separate crude oil production operations.

Analysis

The formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of operations in the refining and refined product markets, and the integration eliminates all competition between the participants in those markets. The evaluating Agency likely would conclude that expiration after twelve years does not constitute termination "within a sufficiently limited period." The participants' entitlement to terminate the collaboration at any time after giving prior notice is not termination by the collaboration's "own specific and express terms." Based on the facts presented, the evaluating Agency likely would analyze the collaboration under the *Horizontal Merger Guidelines*, rather than as a competitor collaboration under these Guidelines. Any agreements restricting competition on crude oil production would be analyzed under these Guidelines.

Section 2.3

Example 2 (Analysis of Individual Agreements/Set of Agreements)

Facts

Two firms enter a joint venture to develop and produce a new software product to be sold independently by the participants. The product will be useful in two areas, biotechnology research and pharmaceuticals research, but doing business with each of the two classes of purchasers would require a different distribution network and a separate marketing campaign. Successful penetration of one market is likely to stimulate sales in the other by enhancing the reputation of the software and by facilitating the ability of biotechnology and pharmaceutical researchers to use the fruits of each other's efforts. Although the software is to be marketed independently by the participants rather than by the joint venture, the participants agree that one will sell only to biotechnology researchers and the other will sell only to pharmaceutical researchers. The

participants also agree to fix the maximum price that either firm may charge. The parties assert that the combination of these two requirements is necessary for the successful marketing of the new product. They argue that the market allocation provides each participant with adequate incentives to commercialize the product in its sector without fear that the other participant will free-ride on its efforts and that the maximum price prevents either participant from unduly exploiting its sector of the market to the detriment of sales efforts in the other sector.

Analysis

The evaluating Agency would assess overall competitive effects associated with the collaboration in its entirety and with individual agreements, such as the agreement to allocate markets, the agreement to fix maximum prices, and any of the sundry other agreements associated with joint development and production and independent marketing of the software. From the facts presented, it appears that the agreements to allocate markets and to fix maximum prices may be so intertwined that their benefits and harms "cannot meaningfully be isolated." The two agreements arguably operate together to ensure a particular blend of incentives to achieve the potential procompetitive benefits of successful commercialization of the new product. Moreover, the effects of the agreement to fix maximum prices may mitigate the price effects of the agreement to allocate markets. Based on the facts presented, the evaluating Agency likely would conclude that the agreements to allocate markets and to fix maximum prices should be analyzed as a whole.

Section 2.4

Example 3 (Time of Possible Harm to Competition)

Facts

A group of 25 small-to-mid-size banks formed a joint venture to establish an automatic teller machine network. To ensure sufficient business to justify launching the venture, the joint venture agreement specified that participants would not participate in any other ATM networks. Numerous other ATM networks were forming in roughly the same time period.

Over time, the joint venture expanded by adding more and more banks, and the number of its competitors fell. Now, ten years after formation, the joint venture has 900 member banks and controls 60% of the ATM outlets in a relevant geographic market. Following complaints from consumers that ATM fees have rapidly escalated, the evaluating Agency assesses the rule barring participation in other ATM networks, which now binds 900 banks.

Analysis

The circumstances in which the venture operates have changed over time, and the evaluating Agency would determine whether the exclusivity rule now harms competition. In assessing the exclusivity rule's competitive effect, the evaluating Agency would take account of the

collaboration's substantial current market share and any procompetitive benefits of exclusivity under present circumstances, along with other factors discussed in Section 3. The Agencies would consider whether significant sunk investments were made in reliance on the exclusivity rule.

Section 3.2

Example 4 (Agreement Not to Compete on Price)

Facts

Net-Business and Net-Company are two start-up companies. They independently developed, and have begun selling in competition with one another, software for the networks that link users within a particular business to each other and, in some cases, to entities outside the business. Both Net-Business and Net-Company were formed by computer specialists with no prior business expertise, and they are having trouble implementing marketing strategies, distributing their inventory, and managing their sales forces. The two companies decide to form a partnership joint venture, NET-FIRM, whose sole function will be to market and distribute the network software products of Net-Business and Net-Company. NET-FIRM will be the exclusive marketer of network software produced by Net-Business and Net-Company. Net-Business and Net-Company will each have 50% control of NET-FIRM, but each will derive profits from NET-FIRM in proportion to the revenues from sales of that partner's products. The documents setting up NET-FIRM specify that Net-Business and Net-Company will agree on the prices for the products that NET-FIRM will sell.

Analysis

Net-Business and Net-Company will agree on the prices at which NET-FIRM will sell their individually-produced software. The agreement is one "hot to compete on price," and it is of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output. The agreement to jointly set price may be challenged as per se illegal, unless it is reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity.

Example 5 (Specialization without Integration)

Facts

Firm A and Firm B are two of only three producers of automobile carburetors. Minor engine variations from year to year, even within given models of a particular automobile manufacturer, require re-design of each year's carburetor and re-tooling for carburetor production. Firms A and B meet and agree that henceforth Firm A will design and produce carburetors only for automobile models of even-numbered years and Firm B will design and produce carburetors only for automobile models of odd-numbered years. Some design and re-tooling costs would be saved,

but automobile manufacturers would face only two suppliers each year, rather than three.

Analysis

The agreement allocates sales by automobile model year and constitutes an agreement "not to compete on . . . output." The participants do not combine production; rather, the collaboration consists solely of an agreement *not* to produce certain carburetors. The mere coordination of decisions on output is not integration, and cost-savings without integration, such as the costs saved by refraining from design and production for any given model year, are not a basis for avoiding per se condemnation. The agreement is of a type so likely to harm competition and to have no significant benefits that particularized inquiry into its competitive effect is deemed by the antitrust laws not to be worth the time and expense that would be required. Consequently, the evaluating Agency likely would conclude that the agreement is per se illegal.

Example 6 (Efficiency-Enhancing Integration Present)

Facts

Compu-Max and Compu-Pro are two major producers of a variety of computer software. Each has a large, world-wide sales department. Each firm has developed and sold its own word-processing software. However, despite all efforts to develop a strong market presence in word processing, each firm has achieved only slightly more than a 10% market share, and neither is a major competitor to the two firms that dominate the word-processing software market.

Compu-Max and Compu-Pro determine that in light of their complementary areas of design expertise they could develop a markedly better word-processing program together than either can produce on its own. Compu-Max and Compu-Pro form a joint venture, WORD-FIRM, to jointly develop and market a new word-processing program, with expenses and profits to be split equally. Compu-Max and Compu-Pro both contribute to WORD-FIRM software developers experienced with word processing.

Analysis

Compu-Max and Compu-Pro have combined their word-processing design efforts, reflecting complementary areas of design expertise, in a common endeavor to develop new word-processing software that they could not have developed separately. Each participant has contributed significant assets – the time and know-how of its word-processing software developers – to the joint effort. Consequently, the evaluating Agency likely would conclude that the joint word-processing software development project is an efficiency-enhancing integration of economic activity that promotes procompetitive benefits.

Example 7 (Efficiency-Enhancing Integration Absent)

Facts

Each of the three major producers of flashlight batteries has a patent on a process for manufacturing a revolutionary new flashlight battery -- the Century Battery -- that would last 100 years without requiring recharging or replacement. There is little chance that another firm could produce such a battery without infringing one of the patents. Based on consumer surveys, each firm believes that aggregate profits will be less if all three sold the Century Battery than if all three sold only conventional batteries, but that any one firm could maximize profits by being the first to introduce a Century Battery. All three are capable of introducing the Century Battery within two years, although it is uncertain who would be first to market.

One component in all conventional batteries is a copper widget. An essential element in each producers' Century Battery would be a zinc, rather than a copper widget. Instead of introducing the Century Battery, the three producers agree that their batteries will use only copper widgets. Adherence to the agreement precludes any of the producers from introducing a Century Battery.

Analysis

The agreement to use only copper widgets is merely an agreement not to produce any zinc-based batteries, in particular, the Century Battery. It is "an agreement not to compete on . . . output" and is "of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output." The participants do not collaborate to perform any business functions, and there are no procompetitive benefits from an efficiency-enhancing integration of economic activity. The evaluating Agency likely would challenge the agreement to use only copper widgets as per se illegal.

Section 3.3

Example 8 (Rule-of-Reason: Agreement Quickly Exculpated)

Facts

Under the facts of Example 4, Net-Business and Net-Company jointly market their independently-produced network software products through NET-FIRM. Those facts are changed in one respect: rather than jointly setting the prices of their products, Net-Business and Net-Company will each independently specify the prices at which its products are to be sold by NET-FIRM. The participants explicitly agree that each company will decide on the prices for its own software independently of the other company. The collaboration also includes a requirement that NET-FIRM compile and transmit to each participant quarterly reports summarizing any comments received from customers in the course of NET-FIRM's marketing efforts regarding the desirable/undesirable features of and desirable improvements to (1) that participant's product and (2) network software in general. Sufficient provisions are included to prevent the company-specific information reported to one participant from being disclosed to the other, and those provisions are followed. The information pertaining to network software in general is to be

reported simultaneously to both participants.

Analysis

Under these revised facts, there is no agreement "not to compete on price or output." Absent any agreement of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output, and absent any subsequent conduct suggesting that the firms did not follow their explicit agreement to set prices independently, no aspect of the partnership arrangement might be subjected to per se analysis. Analysis would continue under the rule of reason.

The information disclosure arrangements provide for the sharing of a very limited category of information: customer-response data pertaining to network software in general. Collection and sharing of information of this nature is unlikely to increase the ability or incentive of Net-Business or Net-Company to raise price or reduce output, quality, service, or innovation. There is no evidence that the disclosure arrangements have caused anticompetitive harm and no evidence that the prohibitions against disclosure of firm-specific information have been violated. Under any plausible relevant market definition, Net-Business and Net-Company have small market shares, and there is no other evidence to suggest that they have market power. In light of these facts, the evaluating Agency would refrain from further investigation.

Section 3.36(a)

Example 9 (Cost Savings from Anticompetitive Output or Service Reductions)

Facts

Two widget manufacturers enter a marketing collaboration. Each will continue to manufacture and set the price for its own widget, but the widgets will be promoted by a joint sales force. The two manufacturers conclude that through this collaboration they can increase their profits using only half of their aggregate pre-collaboration sales forces by (1) taking advantage of economies of scale -- presenting both widgets during the same customer call -- and (2) refraining from time-consuming demonstrations highlighting the relative advantages of one manufacturer's widgets over the other manufacturer's widgets. Prior to their collaboration, both manufacturers had engaged in the demonstrations.

Analysis

The savings attributable to economies of scale would be cognizable efficiencies. In contrast, eliminating demonstrations that highlight the relative advantages of one manufacturer's widgets over the other manufacturer's widgets deprives customers of information useful to their decision making. Cost savings from this source arise from an anticompetitive output or service reduction and would not be cognizable efficiencies.

Section 3.36(b)

Example 10 (Efficiencies from Restrictions on Competitive Independence)

Facts

Under the facts of Example 6, Compu-Max and Compu-Pro decide to collaborate on developing and marketing word-processing software. The firms agree that neither one will engage in R&D for designing word-processing software outside of their WORD-FIRM joint venture. Compu-Max papers drafted during the negotiations cite the concern that absent a restriction on outside word-processing R&D, Compu-Pro might withhold its best ideas, use the joint venture to learn Compu-Max's approaches to design problems, and then use that information to design an improved word-processing software product on its own. Compu-Pro's files contain similar documents regarding Compu-Max.

Compu-Max and Compu-Pro further agree that neither will sell its previously designed word-processing program once their jointly developed product is ready to be introduced. Papers in both firms' files, dating from the time of the negotiations, state that this latter restraint was designed to foster greater trust between the participants and thereby enable the collaboration to function more smoothly. As further support, the parties point to a recent failed collaboration involving other firms who sought to collaborate on developing and selling a new spread-sheet program while independently marketing their older spread-sheet software.

Analysis

The restraints on outside R&D efforts and on outside sales both restrict the competitive independence of the participants and could cause competitive harm. The evaluating Agency would inquire whether each restraint is reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies. In the given context, that inquiry would entail an assessment of whether, by aligning the participants' incentives, the restraints in fact are reasonably necessary to deter opportunistic conduct that otherwise would likely prevent achieving cognizable efficiency goals of the collaboration.

With respect to the limitation on independent R&D efforts, possible alternatives might include agreements specifying the level and quality of each participant's R&D contributions to WORD-FIRM or requiring the sharing of all relevant R&D. The evaluating Agency would assess whether any alternatives would permit each participant to adequately monitor the scope and quality of the other's R&D contributions and whether they would effectively prevent the misappropriation of the other participant's know-how. In some circumstances, there may be no "practical, significantly less restrictive" alternative.

Although the agreement prohibiting outside sales might be challenged as per se illegal if not reasonably necessary for achieving the procompetitive benefits of the integration discussed in Example 6, the evaluating Agency likely would analyze the agreement under the rule of reason if

it could not adequately assess the claim of reasonable necessity through limited factual inquiry. As a general matter, participants' contributions of marketing assets to the collaboration could more readily be monitored than their contributions of know-how, and neither participant may be capable of misappropriating the other's marketing contributions as readily as it could misappropriate know-how. Consequently, the specification and monitoring of each participant's marketing contributions could be a "practical, significantly less restrictive" alternative to prohibiting outside sales of pre-existing products. The evaluating Agency, however, would examine the experiences of the failed spread-sheet collaboration and any other facts presented by the parties to better assess whether such specification and monitoring would likely enable the achievement of cognizable efficiencies.

Annexe II – Article 81 du Traité CE

Article 81

1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

   a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

   b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

   c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

   d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

   e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

   - à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
   - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
   - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées;

   qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

32001Y0106(01)
Communication de la Commission Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)
Journal officiel n° C 003 du 06/01/2001 p. 0002 - 0030
I MORE INFO TEXT:

Communication de la Commission
Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale
(2001/C 3/02)
(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

1. INTRODUCTION

1.1. Objet des présentes lignes directrices

1. Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels repose l'appréciation des accords de coopération horizontale en vertu de l'article 81 du traité. Une coopération est de "nature horizontale" si elle fait l'objet d'un accord conclu entre des entreprises se situant au(x) même(s) niveau(x) du marché, ou de pratiques concertées entre de telles entreprises. Il s'agit, le plus souvent, d'une coopération entre concurrents. Elle porte, par exemple, sur des domaines tels que la recherche et le développement, la production, les achats ou la commercialisation.

2. Une coopération horizontale peut créer des problèmes de concurrence. Tel est le cas, par exemple, lorsque les parties à un accord de coopération s'entendent pour fixer les prix ou la production ou se répartir les marchés, ou encore lorsque cette coopération permet aux parties de maintenir, de conquérir ou de renforcer un pouvoir de marché et produit ainsi des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la diversité et la qualité des produits.

3. D'autre part, une coopération horizontale peut aussi produire des avantages économiques substantiels. Les entreprises doivent s'adapter à des pressions concurrentielles croissantes, à un marché en constante évolution qui se mondialise de plus en plus, à des progrès techniques incessants et au plus grand dynamisme des marchés en général. La coopération peut être un moyen de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, de mettre en commun un savoir-faire et de lancer des innovations sur le marché plus rapidement. Pour les petites et moyennes entreprises, en particulier, la coopération est un important moyen d'adaptation à l'évolution des marchés.

4. Si elle reconnaît les avantages économiques qui peuvent découler d'une coopération, la Commission doit cependant veiller au maintien d'une concurrence efficace. L'article 81 constitue le cadre légal pour une appréciation des coopérations qui pèse les effets anticoncurrentiels et les avantages économiques.

5. Dans le passé, deux communications de la Commission et deux règlements

Source:
http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=32001Y0106(01)&model=guichett

d'exemption par catégorie présidaient à l'appréciation de la compatibilité des coopérations horizontales en vertu de l'article 81. Le règlement (CEE) n° 417/85 de la Commission(1), modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 2236/97(2), et le règlement (CEE) n° 418/85 de la Commission(3), modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 2236/97, prévoyaient l'exemption de certaines catégories d'accords de spécialisation et d'accords de recherche et de développement (R& D) respectivement. Ces deux règlements ont maintenant été remplacés par le règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation(4) ("le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation") et par le règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement(5), ("le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D"). Les deux communications fournissaient des indications concernant certains types de coopération ne relevant pas de l'article 81(6) et sur l'appréciation des entreprises communes à caractère coopératif(7).

6. L'évolution constante des marchés a conduit à une diversification croissante des formes de coopération horizontale et à un recours accru à ce type de coopération. Des lignes directrices plus complètes et à jour s'imposent donc pour que les conditions d'applicabilité de l'article 81 dans ce domaine soient plus claires et plus transparentes. L'appréciation des coopérations horizontales doit mettre davantage l'accent sur les critères économiques, de manière à mieux tenir compte des changements intervenus récemment dans la mise en oeuvre des règles de concurrence et dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes.

7. L'objet des présentes lignes directrices est de fournir un cadre analytique pour les types de coopération horizontale les plus courants. Ce cadre est forgé principalement sur la base de critères utiles pour l'analyse du contexte économique dans lequel s'inscrit un accord de coopération donné. Des critères économiques comme celui du pouvoir de marché des parties ainsi que d'autres facteurs liés à la structure des marchés sont un élément-clé de l'appréciation des effets qu'une coopération est susceptible de produire sur les marchés et, partant, pour son appréciation au regard de l'article 81. Étant donné l'énorme diversité des types de coopération horizontale et de leurs combinaisons, ainsi que des conditions du marché qui les entourent, il est impossible d'apporter des réponses adaptées à chaque scénario envisageable. Le présent cadre analytique, fondé sur des critères économiques, aidera néanmoins les entreprises à évaluer au cas par cas la compatibilité de leurs accords de coopération avec l'article 81.

8. Non seulement les présentes lignes directrices remplacent les communications citées au paragraphe 5, mais elles couvrent en outre un éventail plus large des types d'accords horizontaux les plus courants. Par ailleurs, elles complètent le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D et le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation.

1.2. Champ d'application des présentes lignes directrices

9. Les présentes lignes directrices régissent les accords ou pratiques concertées (ci-après dénommés "accords") entre deux ou plusieurs entreprises opérant au(x) même(s) niveau(x) du marché (par exemple, au même niveau de la production ou de la distribution). Dans ce contexte, l'accent est mis sur la coopération entre concurrents. Aux fins des présentes lignes directrices, on entend par "concurrents" à la fois les concurrents existants(8) et les concurrents potentiels(9).

10. Les présentes lignes directrices ne traitent toutefois pas de tous les accords horizontaux. Elles se limitent aux types de coopération qui génèrent potentiellement des gains d'efficience, comme les accords de recherche et développement, de production, d'achat, de commercialisation, de normalisation ou de protection de l'environnement. D'autres types d'accords horizontaux entre entreprises concurrentes, portant par exemple sur les échanges d'informations ou les participations minoritaires, seront traités séparément.

11. Les accords conclus entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution, autrement dit les accords verticaux, sont en principe exclus du champ d'application des présentes lignes directrices et font l'objet du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission (le "règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales"(10) et des lignes directrices sur les restrictions verticales(11). Toutefois, dans la mesure où des accords verticaux, par exemple des accords de distribution, seraient conclus entre des concurrents, leurs effets sur le marché et les problèmes de concurrence qu'ils peuvent entraîner sont similaires à ceux des accords horizontaux. Ces accords doivent par conséquent être appréciés selon les principes exposés dans les présentes lignes directrices. Cela n'empêche pas d'appliquer également à ces accords les lignes directrices sur les restrictions verticales afin d'apprécier les restrictions de ce type qu'ils contiennent(12).

12. Les accords peuvent combiner différents stades de coopération, par exemple les activités de recherche et de développement avec la fabrication des produits issus de ces activités. À moins qu'ils ne relèvent du champ d'application du règlement (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises(13), modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97(14) ("le règlement sur les concentrations"), ces accords sont régis par les présentes lignes directrices. Le centre de gravité de la coopération détermine la section des présentes lignes directrices qui est applicable à l'accord considéré. Pour définir ce centre de gravité, deux facteurs en particulier doivent être pris en considération: premièrement, le point de départ de la coopération et, deuxièmement, le degré d'intégration des différentes fonctions qui sont ainsi combinées. Une coopération qui implique la mise en commun des activités de recherche et de développement et la fabrication commune des produits issus de ces activités serait donc, normalement, régie par la section consacrée aux "Accords de recherche et de développement", dans la mesure où la production en commun ne peut avoir lieu que si les travaux communs de recherche et de développement aboutissent. Cela signifie que les résultats de ces travaux sont déterminants pour la production. L'accord de recherche et de développement peut donc être considéré comme le point de départ de la coopération. La conclusion serait différente si l'accord prévoyait une intégration totale des activités de production et une intégration seulement partielle de certaines activités de recherche et de développement. Dans ce cas, les éventuels effets anticoncurrentiels et les avantages économiques potentiels de la coopération seraient étroitement liés à la production en commun, de sorte que l'accord serait examiné à la lumière des principes exposés dans la section relative aux "Accords de production". Les arrangements plus complexes, comme les alliances stratégiques combinant, de diverses manières, un certain nombre de domaines et de moyens de coopération différents, ne sont pas visés par les présentes lignes directrices. L'appréciation de chaque domaine de coopération au sein d'une alliance peut être réalisée en se reportant à la section correspondante des présentes lignes directrices. Un arrangement complexe doit néanmoins être analysé dans son ensemble. Étant donné la diversité

des domaines qui peuvent être combinés au sein d'une alliance, il est impossible de donner des indications générales pour l'appréciation globale de tels arrangements. Il est impossible d'apprécier la compatibilité avec les règles de concurrence des alliances ou d'autres formes de coopération qui sont essentiellement des déclarations d'intentions, tant que leur champ d'application n'est pas défini précisément.

13. Les critères exposés dans les présentes lignes directrices s'appliquent à des formes de coopération concernant tant les biens que les services, qui sont collectivement dénommés "produits". Ils ne s'appliquent pas, en revanche, lorsqu'il existe déjà une réglementation sectorielle, comme c'est le cas pour l'agriculture, les transports ou les assurances(15). Les opérations qui relèvent du règlement sur les concentrations ne sont pas non plus concernées par les présentes lignes directrices.

14. L'article 81 ne s'applique qu'aux accords de coopération horizontale qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre États membres. Les présentes lignes directrices ne portent pas sur l'analyse de la capacité d'un accord donné d'affecter le commerce. Les principes sur l'applicabilité de l'article 81 qui sont exposés ci-après partent donc de l'hypothèse que le commerce entre États membres est affecté. En pratique, la question appelle toutefois un examen au cas par cas.

15. L'article 81 ne s'applique pas aux accords d'importance mineure car ils ne peuvent restreindre sensiblement la concurrence par leur objet ou leur effet. Les présentes lignes directrices sont sans préjudice de l'application de la communication actuellement en vigueur ou de toute communication future concernant les accords d'importance mineure(16).

16. L'appréciation au regard de l'article 81 telle qu'elle est décrite dans les présentes lignes directrices ne porte pas atteinte à l'application de l'article 82 du traité à des accords de coopération horizontale. En outre, les présentes lignes directrices ne préjugent pas l'interprétation que le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes pourraient adopter quant à l'application de l'article 81 aux accords de coopération horizontale.

1.3. Principes fondamentaux sur lesquels repose l'appréciation au regard de l'article 81

1.3.1. Article 81, paragraphe 1

17. L'article 81, paragraphe 1, s'applique aux accords de coopération horizontale qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (effets dénommés ci-après "restrictions de concurrence").

18. Dans certains cas, la nature de la coopération indique d'emblée que l'article 81, paragraphe 1, est applicable. Tel est le cas des accords qui ont pour objet de restreindre la concurrence par la fixation des prix, la limitation de la production ou encore la répartition des marchés ou des clients. Ces accords sont présumés produire des effets négatifs sur le marché. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner leurs effets réels sur la concurrence et le marché pour établir qu'ils tombent sous le coup de l'article 81, paragraphe 1.

19. De nombreux accords de coopération horizontale n'ont cependant pas pour objet de restreindre la concurrence. Il est alors nécessaire d'analyser les effets de chaque accord. Dans le cadre de cette analyse, il ne suffit pas que l'accord limite la concurrence entre les parties, mais il faut aussi qu'il soit susceptible d'affecter la concurrence sur le marché dans une mesure telle qu'on peut s'attendre à des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou encore la variété ou la qualité des biens et des services.

20. La capacité de l'accord en question de causer ou non pareils effets négatifs dépend du contexte économique, de sorte qu'il faut tenir compte à la fois de la nature

de l'accord et du pouvoir de marché cumulé des parties, lequel détermine, avec d'autres facteurs structurels, la capacité de la coopération d'affecter de façon significative la concurrence globale.

Nature de l'accord

21. La nature d'un accord est définie par des éléments tels que le domaine et l'objectif de la coopération, les rapports de concurrence entre les parties et l'étendue de la combinaison de leurs activités. Ces éléments indiquent la probabilité d'une coordination du comportement des parties sur le marché.

22. Certains types d'accords, comme la plupart des accords de recherche et de développement ou la plupart des coopérations en matière de normalisation ou d'amélioration des conditions de protection de l'environnement, risquent moins de comporter des restrictions touchant aux prix ou à la production. Les éventuels effets négatifs que peuvent avoir ces types d'accords portent plutôt sur l'innovation ou la diversité des produits. Ils peuvent aussi créer des problèmes de fermeture des marchés.

23. D'autres types de coopération, tels que les accords sur la production ou les achats, comportent généralement un certain partage des coûts (totaux). Si les coûts partagés sont importants, il est plus facile aux parties de coordonner les prix et la production. Pour que les coûts communs soient importants, il faut que certaines conditions soient réunies: d'une part, le domaine de coopération, par exemple la production ou les achats, doit représenter une forte proportion des coûts totaux sur un marché donné; d'autre part, les parties doivent combiner dans une large mesure leurs activités dans le domaine visé par la coopération. C'est notamment le cas lorsqu'elles fabriquent ou achètent en commun un produit intermédiaire important ou une forte part de leur production totale d'un bien final.

Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

24. Par nature, certaines catégories d'accords ne tombent pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Il s'agit normalement des coopérations qui n'impliquent aucune coordination du comportement concurrentiel des parties sur le marché, comme dans les cas suivants:

- coopération entre des entreprises non concurrentes,
- coopération entre des entreprises concurrentes qui ne peuvent mener à bien indépendamment le projet ou l'activité visés par la coopération,
- coopération portant sur une activité qui n'influence pas les paramètres de la concurrence pris en considération.

Ces types de coopération ne peuvent relever de l'article 81, paragraphe 1, que lorsque les participants sont des entreprises ayant un pouvoir de marché important(17), et susceptibles de fermer le marché à des tiers.

Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

25. Une autre catégorie d'accords peut être considérée d'emblée comme tombant généralement sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Il s'agit des accords de coopération qui ont pour objet de restreindre la concurrence en fixant les prix, en limitant la production ou en répartissant les marchés ou la clientèle. Ces restrictions sont considérées comme les plus dangereuses, car elles ont une incidence directe sur le résultat du jeu de la concurrence. La fixation des prix et la limitation de la production ont comme conséquence directe que les utilisateurs paient des prix plus élevés ou ne disposent pas des quantités souhaitées. La répartition des marchés ou des clients réduit le choix des utilisateurs et, partant, se traduit aussi par des prix plus élevés ou une réduction de la production. Ces coopérations sont donc présumées produire des effets négatifs sur le marché et sont, par conséquent, presque toujours

interdites(18).

Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

26. Les accords qui n'entrent pas dans les catégories précitées doivent faire l'objet d'un complément d'analyse afin de déterminer s'ils relèvent de l'article 81, paragraphe 1. L'analyse doit faire appel à des critères liés au marché, tels que la position des parties sur les marchés ainsi que d'autres facteurs structurels.

Pouvoir de marché et structure des marchés

27. Le point de départ de l'analyse est la position des parties sur les marchés affectés par la coopération. Cela permet de déterminer si les parties sont susceptibles de maintenir, d'acquérir ou de renforcer un pouvoir de marché grâce à la coopération, c'est-à-dire si elles ont la capacité de produire des effets négatifs sur le marché en ce qui concerne les prix, la production, l'innovation ou encore la variété ou la qualité des biens et des services. Pour mener à bien cette analyse, il faut définir le ou les marchés en cause en utilisant la méthode décrite dans la communication de la Commission sur la définition du marché en cause(19). Pour certains types de marché concerné, comme ceux des achats ou des technologies, on pourra trouver dans les présentes lignes directrices des indications complémentaires.

28. Si la part de marché cumulée des parties est faible(20), il est peu probable que la coopération produise des effets restrictifs et il n'est normalement pas nécessaire d'approfondir l'analyse. Si l'une des parties à un accord limité à deux parties n'a qu'une part de marché insignifiante et si elle ne possède pas des ressources importantes, même une part de marché cumulée élevée ne peut normalement pas être considérée comme l'indice d'un effet restrictif de la concurrence sur le marché(21). Étant donné la diversité des formes de coopération et des effets qu'elles peuvent produire sur les marchés en fonction des conditions qui y règnent, il est impossible de définir un seuil de part de marché général à partir duquel on pourrait présumer l'existence d'un pouvoir de marché suffisant pour causer des effets restrictifs.

29. Outre la position sur le marché des parties et le cumul des parts de marché, il peut s'avérer nécessaire de prendre en considération, en tant qu'élément supplémentaire pour l'appréciation des effets de la coopération sur la concurrence, la concentration du marché, c'est-à-dire la position et le nombre des concurrents. On peut utiliser l'indice Herfindahl-Hirschman ("IHH"), qui est égal à la somme des carrés des parts de marché détenues par chaque concurrent(22) pour un IHH inférieur à 1 000, la concentration du marché est qualifiée de faible, pour un IHH compris entre 1 000 et 1 800, le degré de concentration est modéré et pour un IHH supérieur à 1 800, le degré de concentration est élevé. Un autre indicateur possible est le coefficient de concentration des plus grandes entreprises, qui correspond à la somme des parts de marché respectives des principaux concurrents(23).

30. En fonction de la position des parties sur un marché et de l'indice de concentration de ce même marché, il faudra également tenir compte d'autres facteurs, comme la stabilité des parts de marché sur la durée, les barrières à l'entrée, la probabilité d'autres entrées sur le marché, la puissance compensatrice des acheteurs/fournisseurs ou la nature des produits (par exemple, homogénéité, maturité). Lorsque des effets sur la concurrence en matière d'innovation sont probables mais ne peuvent être évalués d'une manière appropriée sur la base des marchés existants, il peut s'avérer nécessaire de tenir compte de facteurs spécifiques pour pouvoir analyser ces effets (voir section 2, accords de recherche et de développement).

1.3.2. Article 81, paragraphe 3

31. Les accords tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, peuvent bénéficier

d'une exemption sous réserve que les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, soient respectées. Il en va ainsi lorsque l'accord:
- contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique,
- réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte,
sans
- imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Avantages économiques

32. Selon la première condition, l'accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Ces avantages ayant trait à des gains d'efficience statiques ou dynamiques, il est possible de les qualifier d'"avantages économiques". Ces avantages économiques peuvent contrebalancer les effets restrictifs sur la concurrence. À titre d'exemple, une coopération peut permettre à des entreprises d'offrir des biens ou des services à des prix inférieurs, d'améliorer la qualité ou de lancer des innovations sur le marché plus rapidement. La plupart des gains d'efficience découlent de la combinaison et de l'intégration de différentes compétences ou ressources. Les parties doivent faire la preuve que la coopération est susceptible de générer des gains d'efficience qui ne pourraient être obtenus par des moyens moins restrictifs (voir également infra). Les allégations de gains d'efficience doivent être étayées. Les suppositions ou les déclarations générales sur les réductions de coûts ne sauraient suffire.

33. La Commission ne tient pas compte des économies de coûts réalisées grâce à une réduction de la production, à un partage des marchés ou au simple exercice d'un pouvoir de marché.

Partie équitable réservée aux utilisateurs

34. Les avantages économiques doivent profiter non seulement aux parties à l'accord, mais aussi aux utilisateurs. En règle générale, la répercussion des avantages au niveau de l'utilisateur dépend de l'intensité de la concurrence sur le marché en cause. Les pressions concurrentielles garantissent normalement que les avantages économiques d'un accord seront répercutés sur l'utilisateur par une baisse des prix ou incitent les entreprises à lancer de nouveaux produits sur le marché le plus tôt possible. Par conséquent, s'il subsiste sur le marché une concurrence suffisante pour exercer effectivement des contraintes sur les parties à l'accord, le jeu de la concurrence garantit normalement que les consommateurs obtiendront une partie équitable des avantages économiques qui résultent de cet accord.

Caractère indispensable

35. Les restrictions de concurrence doivent être nécessaires à la réalisation des avantages économiques. S'il existe des moyens moins restrictifs pour obtenir des avantages comparables, les gains d'efficience allégués ne peuvent servir à justifier les restrictions de concurrence. Le caractère indispensable de chaque restriction dépend de la situation du marché et de la durée de l'accord. Ainsi, les accords d'exclusivité peuvent empêcher l'une des parties à l'accord de faire du parasitisme et pourraient donc être acceptables. Dans certains cas, en revanche, ils peuvent ne pas être nécessaires et risquent même d'aggraver les effets restrictifs.

Absence d'élimination de la concurrence

36. Le critère de non-élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en question renvoie à la notion de domination. Lorsqu'une entreprise est

dominante ou le devient du fait d'un accord horizontal, un accord qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 81 ne peut en principe pas être exempté.
Règlements d'exemption par catégorie en matière de recherche et de développement et en matière de spécialisation
37. Sous certaines conditions, les critères énoncés à l'article 81, paragraphe 3, peuvent être présumés remplis pour certaines catégories d'accords. C'est notamment le cas des accords de recherche et de développement et des accords de production dans lesquels la combinaison de compétences ou d'actifs complémentaires peut générer des gains d'efficience importants. Les présentes lignes directrices doivent être considérées comme complémentaires aux règlements d'exemption par catégorie en faveur de la R& D et de la spécialisation. Ceux-ci exemptent les catégories d'accords les plus courantes dans les domaines de la production/spécialisation jusqu'à un seuil de part de marché de 20 % et, dans celui de la recherche et du développement, jusqu'à un seuil de part de marché de 25 %, pour autant que les accords en question remplissent les conditions requises pour bénéficier de l'exemption par catégorie et ne contiennent pas de restrictions fondamentales "(liste noire" des clauses interdites) qui rendraient toute exemption par catégorie inapplicable. Les règlements d'exemption par catégorie ne prévoient pas la séparabilité pour les restrictions fondamentales. Si un accord comporte une ou plusieurs restrictions fondamentales, c'est l'accord dans son ensemble qui perd le bénéfice de l'exemption par catégorie.
1.4. Structure des sections suivantes concernant les types de coopération
38. Les présentes lignes directrices sont divisées en sections consacrées à certains types d'accords. Le cadre analytique décrit plus haut, au point 1.3, est repris dans chacune de ces sections. Le cas échéant, des indications spécifiques sont fournies sur la définition des marchés en cause (par exemple, en matière de recherche et de développement ou en ce qui concerne les marchés d'achat des produits).
2. ACCORDS DE RECHERCHE ET DE DÉVELOPPEMENT
2.1. Définition
39. Les accords de recherche et de développement peuvent varier, tant par leur forme que par leur champ d' application. Ils peuvent prévoir la sous-traitance de certaines activités de recherche et de développement, l'amélioration en commun de techniques existantes ou une coopération en matière de recherche, de développement et de commercialisation de produits totalement nouveaux. Ils peuvent prendre la forme d'accords de coopération ou d'entreprises contrôlées en commun. La présente section s'applique à toutes les formes d'accords de recherche et de développement, y compris les accords connexes sur la fabrication ou la commercialisation des produits issus de la recherche et du développement, sous réserve que le centre de gravité de la coopération soit la recherche et le développement, à l'exception des opérations de concentration et des entreprises communes qui relèvent du règlement sur les concentrations.
40. La coopération en matière de recherche et de développement peut réduire les coûts inutiles qui font double emploi, permettre un échange mutuellement fructueux et intensif d'idées et, dès lors, le développement plus rapide de produits et de techniques. En règle générale, la coopération en matière de recherche et de développement tend à accroître les activités de recherche et de développement dans leur ensemble.
41. Les petites et moyennes entreprises (PME) constituent une communauté dynamique et hétérogène, qui doit faire face à de nombreux défis, notamment les exigences accrues des grandes entreprises dont elles sont souvent les soustraitants. Dans les secteurs à fort coefficient de recherche et développement, les PME à

croissance rapide, souvent des "jeunes pousses", cherchent aussi à conquérir une première place sur les segments de marché en plein développement. Pour pouvoir relever ces défis et rester compétitives, les PME doivent constamment innover. Grâce à la coopération en matière de recherche et de développement, on peut espérer une augmentation de l'ensemble des activités de recherche et de développement des PME et un renforcement de leur capacité de résister à la concurrence que leur opposent des entreprises plus puissantes.

42. Dans certains cas, toutefois, les accords de recherche et de développement peuvent entraîner des problèmes de concurrence, tels que des effets restrictifs sur les prix, la production, l'innovation, la diversité ou la qualité des produits.

2.2. Marchés en cause

43. La définition du marché en cause en vue de l'appréciation des effets d'un accord de recherche et de développement passe par la détermination des produits, des techniques ou des efforts de recherche et de développement qui exerceront une contrainte concurrentielle sur les parties. Parmi les différentes situations envisageables, on trouve, à un extrême, les innovations pouvant déboucher sur un produit (ou une technique) qui va concurrencer un marché de produits (ou de technologies) existant. C'est le cas des travaux de recherche et de développement axés sur des améliorations ou des modifications légères (par exemple, nouveaux modèles d'un produit). Dans ce scénario, les effets potentiels concernent le marché des produits existants. À l'autre extrême se situent les innovations pouvant déboucher sur un tout nouveau produit qui créera son propre marché (par exemple, un nouveau vaccin pour une maladie jusque-là incurable). Dans ce cas, les marchés existants ne constituent des marchés en cause que s'ils ont un quelconque lien avec l'innovation en question. C'est pourquoi il convient d'apprécier dans la mesure du possible les effets de la coopération sur l'innovation. Il y a des chances, toutefois, que la plupart des cas se rangent entre ces deux extrêmes: il s'agit des situations dans lesquelles les efforts d'innovation sont susceptibles de déboucher sur la mise au point de produits (ou de techniques) qui remplaceront, à terme, des produits (ou des techniques) existants (par exemple, les disques compacts, qui ont remplacé les disques classiques). L'analyse approfondie de ces situations pourrait exiger l'étude tant des marchés existants que de l'incidence de l'accord sur l'innovation.

Marchés existants

a) Marchés de produits

44. Lorsque la coopération porte sur des activités de recherche et de développement orientées vers l'amélioration de produits existants, ces derniers, y compris leurs produits de substitution proches, constituent le marché en cause concerné par la coopération(24).

45. Si les efforts en matière de recherche et de développement visent à modifier profondément un produit existant, voire à lancer un nouveau produit qui remplacerait des produits existants, la substitution au produit existant peut être imparfaite ou ne se produire qu'à long terme. Les anciens produits et les nouveaux produits potentiels n'appartiendront probablement pas au même marché en cause. Le marché des produits existants peut néanmoins être un marché concerné, si la mise en commun des efforts de recherche et de développement est susceptible d'entraîner une coordination du comportement des parties en tant que fournisseurs des produits existants. L'exploitation d'un pouvoir de marché existant n'est toutefois possible que si les parties détiennent ensemble une position de force tant sur le marché des produits existants que dans les activités de recherche et de développement.

46. Si la recherche et le développement concernent un important composant d'un

produit final, le marché en cause pour l'appréciation sera non seulement le marché de ce composant, mais également le marché du produit final existant. À titre d'exemple, si des constructeurs automobiles coopèrent pour la recherche et le développement d'un nouveau type de moteur, le marché automobile peut se trouver affecté par cette coopération. Cependant, le marché des produits finals n'est un marché en cause aux fins de l'appréciation que si le composant visé par ces efforts de recherche et de développement est techniquement ou économiquement un composant essentiel de ces produits finals et si les parties à l'accord de recherche et de développement sont d'importants concurrents sur le marché de ces produits finals.

b) Marchés de technologies

47. La coopération en matière de recherche et de développement peut également porter sur des technologies. Lorsque des droits de propriété intellectuelle sont commercialisés indépendamment des produits auxquels ils se rapportent, le marché technologique en cause doit aussi être défini. Les marchés de technologies comprennent les droits de propriété intellectuelle qui sont concédés sous licence ainsi que les technologies de substitution proches, c'est-à-dire d'autres technologies que les clients pourraient utiliser en remplacement.

48. La méthode à suivre pour définir les marchés de technologies s'inspire des mêmes principes que pour la définition des marchés de produits(25). En partant de la technologie qui est commercialisée par les parties, il faut identifier les autres technologies auxquelles les clients pourraient recourir en cas d'augmentation faible mais permanente des prix relatifs. Une fois ces technologies identifiées, on peut calculer les parts de marché en divisant le revenu des licences généré par les parties par le revenu total des licences de tous les vendeurs de technologies substituables.

49. La position des parties sur le marché des technologies existantes est un critère pertinent pour l'appréciation d'une coopération en matière de recherche et de développement qui vise à améliorer sensiblement une technologie existante ou à mettre au point une nouvelle technologie appelée à remplacer une technologie existante. La part de marché des parties ne peut cependant servir que de point de départ pour cette analyse. Sur les marchés de technologies, la concurrence potentielle revêt une importance particulière. Si des sociétés qui ne concèdent pas encore de licences sur leur technologie sont susceptibles d'entrer sur le marché technologique, elles peuvent restreindre la capacité des parties à augmenter les prix de leur technologie (voir l'exemple 3 ci-dessous).

Concurrence dans le domaine de l'innovation (efforts de recherche et de développement)

50. La coopération en matière de recherche et de développement peut ne pas affecter - ou ne pas affecter seulement - la concurrence sur les marchés existants, mais la concurrence sur le marché de l'innovation. Tel est le cas lorsque la coopération concerne le développement de nouveaux produits ou de nouvelles techniques qui sont, soit susceptibles - s'il s'agit de produits ou de techniques naissants - de remplacer un jour des produits ou des techniques existants, soit destinés à un nouvel usage et qui, dès lors, ne remplaceront pas des produits ou des techniques existants mais créeront une demande totalement nouvelle. Les effets sur la concurrence dans l'innovation sont importants dans de semblables situations, mais il peut arriver que leur évaluation soit insuffisante si l'analyse se limite à la concurrence réelle ou potentielle sur les marchés de produits ou de techniques existants. À cet égard, deux scénarios peuvent être distingués, en fonction de la nature du processus d'innovation dans un secteur d'activité donné.

51. Dans le premier scénario, applicable par exemple à l'industrie pharmaceutique, le

processus d'innovation est structuré de telle manière qu'il est possible de déterminer très tôt des pôles de recherche et de développement. Ces pôles sont des travaux de recherche et de développement axés sur un nouveau produit ou une nouvelle technique, ainsi que les travaux de recherche et de développement de substitution, autrement dit la recherche et le développement de produits ou de techniques substituables à ceux qui font l'objet de la coopération considérée, ont un accès comparable aux ressources et suivent un calendrier similaire. Dans ce cas, l'analyse peut porter sur le fait de savoir s'il restera suffisamment de pôles de recherche et de développement après la mise en oeuvre de l'accord. Le point de départ de l'analyse est l'effort de recherche et de développement consenti par les parties. Il faut ensuite définir des pôles de recherche et de développement concurrents et crédibles. Pour mesurer la crédibilité de pôles concurrents, les aspects suivants doivent être pris en considération: la nature, le champ et l'importance d'autres efforts de recherche et de développement éventuels, leur accès aux ressources financières et humaines, au savoir-faire et aux brevets, ou à d'autres actifs spécifiques, leur calendrier et leur capacité d'exploiter les résultats éventuels. Un pôle de recherche et de développement n'est pas un pôle concurrent et crédible s'il ne peut être considéré comme une activité de substitution proche de l'effort de recherche et de développement des parties sous l'angle, par exemple, de l'accès aux ressources ou du calendrier.

52. Dans le second scénario, les efforts d'innovation dans un secteur ne sont pas structurés de manière suffisamment claire pour permettre la définition de pôles de recherche et de développement. Devant un tel scénario, la Commission, en l'absence de circonstances exceptionnelles, ne chercherait pas à évaluer les effets sur l'innovation d'une coopération donnée en matière de recherche et de développement et limiterait son appréciation aux marchés de produits ou de technologies qui ont un rapport avec la coopération en question.

Calcul des parts de marché

53. Le calcul des parts de marché, que ce soit aux fins du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D ou des présentes lignes directrices, doit refléter la distinction entre les marchés existants et la concurrence dans le domaine de l'innovation. Au début d'une coopération, le point de référence est le marché des produits susceptibles d'être améliorés ou remplacés par les produits en développement. Si l'accord de recherche et de développement ne vise qu'à améliorer ou à perfectionner des produits existants, ce marché couvre les produits directement concernés par la recherche et le développement. Les parts de marché peuvent donc être calculées sur la base de la valeur des ventes des produits existants. Si la recherche et le développement visent à remplacer un produit existant, le nouveau produit pourra, en cas de succès, se substituer aux produits existants. Pour apprécier la position concurrentielle des parties, on peut, dans ce cas également, calculer les parts de marché sur la base de la valeur des ventes des produits existants. En conséquence, le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D base l'exemption de ce type d'accords sur la part "du marché en cause constitué par les produits susceptibles d'être améliorés ou remplacés par les produits contractuels". Pour que l'exemption soit applicable de plein droit, cette part de marché ne peut dépasser 25 %(26).

54. Si la recherche et le développement visent à développer un produit qui créera une demande entièrement nouvelle, il est impossible de calculer les parts de marché sur la base des ventes. On peut seulement analyser les effets de l'accord sur la concurrence dans le domaine de l'innovation. En conséquence, le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D exempte ces accords indépendamment de la part de

marché pour une période de sept ans à compter de la date de première mise sur le marché(27). Toutefois, le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré au cas où l'accord éliminerait une concurrence efficace dans le domaine de l'innovation(28). Au terme de la période de sept ans, les parts de marché peuvent être calculées sur la base de la valeur des ventes, et le seuil de part de marché de 25 % devient applicable(29).

2.3. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1

2.3.1. Nature de l'accord

2.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

55. La plupart des accords de recherche et de développement ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1. Cela est vrai, tout d'abord, des accords prévoyant une coopération en matière de recherche et de développement à un stade assez théorique, très éloigné de l'exploitation des résultats éventuels.

56. En outre, la coopération en matière de recherche et de développement entre des entreprises non concurrentes ne restreint généralement pas la concurrence(30). Les relations de concurrence entre les parties doivent être analysées dans le contexte des marchés existants affectés et/ou de l'innovation. Si les parties ne sont pas à même d'effectuer indépendamment les travaux de recherche et de développement nécessaires, aucune concurrence n'est susceptible d'être restreinte. Cette remarque peut s'appliquer, par exemple, aux entreprises qui mettent en commun des compétences, des techniques et d'autres ressources complémentaires. La question de la concurrence potentielle doit être examinée en faisant preuve de réalisme. Ainsi, les parties ne sauraient être qualifiées de concurrents potentiels simplement parce que la coopération leur permet de mener ces activités de recherche et de développement. La question déterminante est de savoir si chaque partie dispose indépendamment des moyens nécessaires en termes d'actifs, de savoir-faire ou d'autres ressources.

57. La coopération en matière de recherche et de développement qui passe par la sous-traitance d'activités de recherche et de développement auparavant internes à l'entreprise est souvent le fait d'entreprises spécialisées, d'instituts de recherche ou de centres universitaires qui ne participent pas à l'exploitation des résultats issus de ces travaux. Il s'agit généralement d'accords assortis d'un transfert de savoir-faire et/ou d'une clause de fourniture exclusive sur les résultats éventuels. Étant donné le caractère complémentaire des participants à la coopération dans ce scénario, l'article 81, paragraphe 1, ne leur est pas applicable.

58. Une coopération en matière de recherche et de développement qui ne s'étend pas à l'exploitation commune des résultats par le biais de la concession de licences, de la production ou de la commercialisation, tombe rarement sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Ces accords "purs" de recherche et de développement ne peuvent poser un problème de concurrence que si la concurrence efficace dans le domaine de l'innovation est réduite de façon significative.

2.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

59. Si un accord n'a pas pour véritable objet la recherche et le développement mais bien la création d'une entente déguisée, c'est-à-dire la fixation des prix, la limitation de la production ou la répartition des marchés, pratiques qui sont par ailleurs interdites, il tombe sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Cependant, un accord de recherche et de développement qui inclurait l'exploitation en commun des éventuels résultats à venir ne serait pas nécessairement restrictif pour la concurrence.

2.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

60. Les accords de recherche et de développement qui ne peuvent être qualifiés d'accords manifestement non restrictifs peuvent tomber sous le coup de l'article 81,

paragraphe 1(31), et doivent être analysés dans leur contexte économique. Cette remarque vaut pour toute coopération en matière de recherche et de développement qui est établie à un stade assez proche de la mise sur le marché et qui est conclue par des entreprises en concurrence soit sur les marchés de produits ou de technologies existants, soit sur les marchés de l'innovation.

2.3.2. Pouvoir de marché et structure des marchés

61. La coopération en matière de recherche et de développement peut produire trois sortes d'effets négatifs sur les marchés: premièrement, elle peut restreindre l'innovation, deuxièmement, elle peut entraîner la coordination du comportement des parties sur les marchés existants et, troisièmement, des problèmes de fermeture peuvent apparaître au stade de l'exploitation des résultats. Ces types d'effets négatifs sur les marchés ne sont toutefois susceptibles de se produire que lorsque les participants à la coopération sont très puissants sur les marchés existants ou que la concurrence dans l'innovation est réduite de façon significative. En l'absence de pouvoir de marché, les entreprises ne sont pas tentées de coordonner leur comportement sur les marchés existants ni de réduire ou de ralentir l'innovation. Les problèmes de fermeture ne peuvent se poser que dans le cadre d'une coopération à laquelle participe au moins une entreprise ayant un pouvoir de marché important en liaison avec une technologie clé et qui implique une exploitation exclusive des résultats.

62. Il n'existe pas de seuil absolu de part de marché indiquant qu'un accord de recherche et de développement crée un certain pouvoir de marché et relève par conséquent de l'article 81, paragraphe 1. Toutefois, les accords de recherche et de développement sont exemptés pour autant qu'ils soient conclus entre des parties dont la part de marché cumulée n'excède pas 25 % et que les autres conditions d'application du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D soient remplies. Pour la plupart des accords de recherche et de développement, les effets restrictifs ne doivent par conséquent être analysés que si la part de marché cumulée des parties excède 25 %.

63. Les accords qui, en raison de la position plus forte détenue par les parties sur un marché, ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D ne restreignent pas nécessairement la concurrence. Cependant, plus la position cumulée des parties sur les marchés existants est forte, ou plus la concurrence dans le domaine de l'innovation est restreinte, plus les risques sont élevés que l'article 81, paragraphe 1, soit applicable et que l'appréciation de l'accord en question exige une analyse plus précise.

64. Si la recherche et le développement sont destinés à améliorer ou perfectionner des produits ou des techniques existants, les effets qui pourraient en découler concernent le ou les marchés en cause pour ces produits ou techniques existants. Les effets sur les prix, la production ou l'innovation sur les marchés existants ne sont toutefois possibles que si les parties détiennent ensemble une position de force, si l'entrée sur ces marchés est difficile et si les autres activités d'innovation sont faibles. En outre, si les travaux de recherche et de développement ne portent que sur un produit intermédiaire relativement secondaire, entrant dans la composition d'un produit final, les effets sur la concurrence pour ce produit final seront, à supposer qu'il y en ait, très limités. En règle générale, une distinction doit être établie entre les accords purs de recherche et de développement et une coopération plus large qui s'étendrait à différents stades de l'exploitation des résultats (c'est-à-dire l'octroi de licences, la production et la commercialisation). Comme il est dit plus haut, les accords purs de recherche et de développement tombent rarement sous le coup de l'article 81,

paragraphe 1. Cela vaut tout particulièrement pour les travaux de recherche et de développement visant à une amélioration limitée de produits ou de techniques existants. Si, dans un tel scénario, la coopération en matière de recherche et de développement englobe une exploitation conjointe limitée à la concession de licences, des effets restrictifs comme la fermeture du marché sont peu probables. En revanche, si la coopération s'étend à la production ou à la commercialisation en commun des produits ou des techniques auxquels ces légères améliorations seront apportées, elle doit faire l'objet d'un examen plus attentif. D'une part, en effet, des effets négatifs sur les prix et la production sur les marchés existants sont plus probables si la coopération associe de gros concurrents. D'autre part, la coopération peut s'apparenter davantage à un accord de production dans la mesure où les activités de recherche et de développement risquent de ne pas constituer, en réalité, le centre de gravité d'une telle collaboration.

65. Si les activités de recherche et de développement sont consacrées à la mise au point d'un produit (ou d'une technique) tout à fait nouveau qui créera son propre marché, les effets sur les prix et la production sur les marchés existants sont relativement improbables. L'analyse doit se concentrer sur les restrictions pouvant affecter l'innovation et concernant, par exemple, la qualité et la diversité des futurs produits ou techniques potentiels ou encore le rythme de l'innovation. Ces effets restrictifs peuvent se produire lorsque deux ou plusieurs des quelques entreprises qui développent ce nouveau produit commencent à coopérer à un stade où chacune d'elles est, indépendamment, sur le point de lancer ce produit. Il peut alors y avoir restriction de l'innovation même en présence d'un accord pur de recherche et de développement. Néanmoins, la coopération en matière de recherche et de développement pour la mise au point d'un produit totalement nouveau a, en général, des effets positifs sur la concurrence. Ce principe reste valable, dans une large mesure, si la coopération s'étend à l'exploitation en commun des résultats, voire à leur commercialisation commune. L'exploitation en commun ne pose un problème, dans ces cas-là, que si des entreprises se voient de ce fait interdire l'accès à des technologies clés. Ce genre de problème disparaît, en revanche, si les parties accordent des licences à des tiers.

66. La plupart des accords de recherche et de développement se situent plus ou moins à mi-chemin entre les deux situations extrêmes décrites ci-dessus. Ils peuvent donc produire des effets sur l'innovation et avoir des répercussions sur les marchés existants. Il peut dès lors être utile d'étudier à la fois le marché existant et l'incidence sur l'innovation pour mesurer les positions cumulées des deux parties, le degré de concentration des marchés, le nombre d'entreprises, notamment celles qui innovent, et les conditions d'entrée sur les marchés. On note parfois des effets restrictifs sur les prix ou la production sur les marchés existants et des effets négatifs sur l'innovation en raison d'un ralentissement du développement. Par exemple, si d'importants concurrents sur un marché de technologies existant coopèrent afin de mettre au point un nouvelle technique susceptible de remplacer, à terme, des produits existants, cette coopération causera probablement des effets restrictifs si les parties ont un pouvoir de marché important sur le marché existant (ce qui les inciterait à exploiter cette position) et si elles sont aussi en position de force dans le domaine de la recherche et du développement. Des effets similaires sont possibles si la principale entreprise d'un marché existant coopère avec un concurrent beaucoup plus petit, voire avec un concurrent potentiel qui est sur le point de faire son apparition sur le marché avec un nouveau produit ou une nouvelle technique pouvant menacer la position de l'entreprise en place.

67. Certains accords peuvent également ne pas bénéficier de l'exemption par catégorie, quel que soit le pouvoir de marché des parties. C'est notamment le cas des accords qui limitent l'accès d'une partie aux résultats des travaux dans la mesure où, généralement, ils ne favorisent pas le progrès économique et technique par une plus grande diffusion des connaissances techniques entre les parties(32). Le règlement d'exemption par catégorie prévoit une exception à cette règle générale pour ce qui est des centres universitaires, des instituts de recherche ou des sociétés spécialisées qui fournissent des services de recherche et de développement et qui ne participent pas à l'exploitation industrielle des résultats de la recherche et du développement(33). Il convient toutefois de noter que les accords qui prévoient des droits d'accès exclusifs peuvent, lorsqu'ils tombent sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, remplir les critères d'exemption énoncés au paragraphe 3 dudit article, en particulier lorsque ces droits d'accès exclusifs sont économiquement indispensables étant donné le marché, les risques et les lourds investissements nécessaires pour pouvoir exploiter les résultats de la recherche et du développement.

2.4. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3

2.4.1. Avantages économiques

68. La plupart des accords de recherche et de développement, qu'ils prévoient ou non l'exploitation en commun des résultats, produisent des avantages économiques du fait des économies de coûts et de l'échange fructueux des idées et des expériences qu'ils permettent de réaliser, ce qui accélère la mise au point de produits ou de techniques nouveaux ou améliorés. Dans ces conditions, il semble justifié de prévoir l'exemption des accords de ce type qui entraînent une restriction de concurrence jusqu'à un seuil de part de marché au-dessous duquel on peut présumer, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 3, en général, que les effets positifs des accords de recherche et de développement compenseront toute incidence négative sur la concurrence. C'est pourquoi le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D exempte les accords de recherche et de développement qui remplissent certaines conditions (voir l'article 3) et qui ne contiennent pas de restrictions fondamentales (voir l'article 5), pour autant que la part de marché cumulée des parties sur le marché ou les marchés affectés n'excède pas 25 %.

69. Si la coopération crée ou renforce un pouvoir de marché considérable, les parties doivent apporter la preuve que les avantages découlant de la coopération en matière de recherche et de développement sont significatifs, que la mise sur le marché de nouveaux produits ou de nouvelles techniques est plus rapide ou que d'autres gains d'efficience sont générés.

2.4.2. Caractère indispensable

70. Un accord de recherche et de développement ne saurait être exempté s'il impose des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs précités. Le plus souvent, les clauses énumérées à l'article 5 du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D rendent impossible l'exemption, même après examen de l'accord, et peuvent donc être considérées comme un bon exemple des restrictions qui ne sont pas indispensables à la coopération.

2.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

71. Aucune exemption n'est envisageable si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits (ou des techniques) en cause. Lorsque, du fait d'un accord de recherche et de développement, une entreprise est dominante ou le devient sur un marché existant ou dans le domaine de l'innovation, un accord de ce type qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 81 ne peut en principe pas être exempté. Tel est, par exemple, le cas dans

le domaine de l'innovation si l'accord combine les deux seuls pôles de recherche existants.

Date à laquelle l'examen de l'accord a lieu et durée de l'exemption

72. Les accords de recherche et de développement qui englobent la fabrication et la commercialisation en commun de nouveaux produits ou de nouvelles techniques exigent une attention particulière en ce qui concerne la date à laquelle l'appréciation est effectuée.

73. Au début d'une coopération en matière de recherche et de développement, par exemple, on ne sait généralement pas encore si la coopération sera réussie et quelles seront la position future des parties sur le marché et l'évolution des marchés de produits ou de techniques futurs. Par conséquent, l'appréciation de la coopération à la date de son établissement se limite aux marchés de produits ou de techniques existants ou aux marchés de l'innovation, tels qu'ils se présentent à cette date et sont décrits dans la présente section. S'il ressort de cette analyse que la concurrence ne risque pas d'être éliminée, l'accord de recherche et de développement peut bénéficier d'une exemption. Cette dernière est normalement accordée pour toute la durée de la phase de recherche et de développement, prolongée d'une période supplémentaire, si la coopération s'étend à la production et la commercialisation communes des résultats, pour tenir compte du lancement et de la mise sur le marché éventuels des produits issus de ces activités de recherche et de développement. La raison qui justifie cette prolongation est que les premières entreprises à pénétrer sur un marché avec un nouveau produit ou une nouvelle technique acquièrent souvent, dans un premier temps, des parts de marché très élevées et que la réussite des activités de recherche et de développement se trouve fréquemment récompensée par une protection des droits de propriété intellectuelle associés. Normalement, une position de force sur un marché imputable à cet "avantage du précurseur" ne peut être interprétée comme une élimination de la concurrence. L'exemption par catégorie couvre donc les accords de recherche et de développement pendant une période supplémentaire de sept ans (autrement dit, au-delà de la phase de recherche et de développement proprement dite), indépendamment du fait de savoir si, au cours de cette période, les parties obtiennent ou non une part élevée du marché grâce à leur nouveau produit ou leur nouvelle technique. Cela vaut également pour l'appréciation au cas par cas des coopérations ne relevant pas de l'exemption par catégorie, sous réserve que les critères énoncés à l'article 81, paragraphe 3, concernant les autres aspects de l'accord soient remplis. Cela n'exclut pas la possibilité qu'une période supérieure à sept ans satisfasse également aux critères prévus à l'article 81, paragraphe 3, s'il peut être établi que c'est la durée minimale nécessaire pour garantir un rendement suffisant des capitaux investis.

74. Si une coopération en matière de recherche et de développement fait l'objet d'un nouvel examen à l'issue de cette période - par exemple, à la suite d'une plainte l'analyse doit se fonder sur la situation des marchés existants (à cette nouvelle date). L'exemption par catégorie reste applicable si la part de marché des parties sur le marché en cause (à cette date) ne dépasse pas 25 %. De même, l'article 81, paragraphe 3, continue à s'appliquer aux accords de recherche et de développement n'entrant pas dans le champ d'application de l'exemption par catégorie à condition que les critères soient remplis pour pouvoir bénéficier de l'exemption.

2.5. Exemples

75. Exemple 1

Situation: Imaginons deux grandes entreprises du marché européen de la fabrication de composants électroniques existants, qui détiennent les parts de marché suivantes:

entreprise A (30 %) et entreprise B (30 %). Elles ont réalisé chacune de lourds investissements dans les activités de recherche et de développement nécessaires à la mise au point de composants électroniques miniaturisés et ont développé des premiers prototypes. Elles conviennent maintenant de mettre en commun leurs efforts de recherche et de développement en créant une entreprise commune qui achèvera les travaux de recherche et de développement et produira les composants pour les revendre ensuite à ses sociétés fondatrices, qui les commercialiseront séparément. Les autres entreprises du marché sont de petites entreprises qui ne disposent pas des ressources suffisantes pour engager les investissements nécessaires.

Analyse: Les composants électroniques miniaturisés, quoique susceptibles de faire concurrence aux composants existants dans certains domaines, constituent essentiellement une nouvelle technique, de sorte qu'il faut analyser les pôles de recherche consacrés à ce marché futur. Si l'entreprise commune va jusqu'au bout de sa mission, il n'y aura plus qu'une seule voie d'accès aux techniques de fabrication nécessaires, alors qu'il semble probable que les entreprises A et B seraient à même d'entrer sur ce marché séparément avec leur propre produit. Même si l'accord peut présenter des avantages en permettant le lancement plus rapide d'une nouvelle technique, il n'en est pas moins vrai qu'il réduit aussi la diversité et donne aux parties la possibilité de partager certains coûts. En outre, il faut tenir compte du risque que les parties exploitent leur position de force sur le marché existant. Dans la mesure où leurs activités de recherche et de développement ne seraient concurrencées par celles d'aucune autre entreprise, l'incitation des parties à mettre au point rapidement cette nouvelle technique pourrait s'en trouver fortement diminuée. Bien que certains de ces problèmes puissent être résolus en imposant aux parties de concéder sous licence à des tiers et à des conditions raisonnables leur savoir-faire déterminant pour la fabrication des composants miniaturisés, il pourrait s'avérer impossible de régler la totalité des problèmes posés et de remplir les conditions requises pour bénéficier d'une exemption.

76. Exemple 2

Situation: Une petite entreprise de recherche A, qui ne dispose d'aucune organisation commerciale propre, a découvert une substance pharmaceutique pour laquelle elle a obtenu un brevet et qui repose sur une nouvelle technique appelée à révolutionner le traitement d'une certaine maladie. L'entreprise A conclut un accord de recherche et de développement avec une importante société pharmaceutique B fabriquant des produits qui servaient jusqu'ici à soigner la maladie en question. L'entreprise B ne mène aucun programme de recherche et de développement similaire. Sur le marché des produits existants, l'entreprise B dispose d'une part de marché voisine de 75 % dans tous les États membres, mais les brevets dont elle est titulaire arriveront à expiration au cours des cinq prochaines années. Il existe deux autres pôles de recherche qui en sont à peu près au même stade de développement et utilisent les mêmes nouvelles techniques de base. L'entreprise B apportera des ressources financières et un savoir-faire considérables pour la mise au point du produit et assurera l'accès futur au marché. Une licence lui est concédée pour la production et la distribution exclusives du produit issu des recherches, et ce, pendant toute la durée de validité du brevet. On escompte que les parties pourront ensemble mettre le produit sur le marché d'ici cinq à sept ans.

Analyse: Le produit appartient vraisemblablement à un nouveau marché de produits en cause. Les parties apportent des ressources et des compétences complémentaires dans le cadre de leur coopération, et les probabilités de mise sur le marché du produit augmentent considérablement. Même si l'entreprise B est susceptible d'être très

puissante sur le marché existant, cette puissance ne tardera pas à diminuer, et l'existence d'autres pôles de recherche a des chances de prévenir toute tentation de sa part de réduire les efforts de recherche et de développement. Il est probable que les droits d'exploitation seront nécessaires à l'entreprise B pendant la période de validité du brevet restant à courir, afin de réaliser les lourds investissements nécessaires. De plus, l'entreprise A ne dispose d'aucune structure commerciale. L'accord ne risque donc pas de restreindre la concurrence.

77. Exemple 3

Situation: Deux sociétés d'ingénierie qui produisent des composants automobiles conviennent de créer une entreprise commune afin d'unir leurs efforts en matière de recherche et de développement, de manière à améliorer la production et les performances d'un composant existant. Elles mettent également en commun leurs activités existantes de concession sous licence de technologies dans ce domaine, mais continueront à fabriquer les composants séparément. Les deux entreprises ont des parts de marché de 15 % et de 20 % sur le marché européen des équipementiers. Deux autres grands concurrents sont également présents, ainsi que de grands constructeurs automobiles qui mènent plusieurs programmes de recherche internes. Sur le marché mondial des concessions de technologies sous licence pour la fabrication de ces produits, leurs parts, en termes de recettes générées, atteignent 20 % et 25 %. Il existe en outre deux autres grandes technologies. Le cycle de vie du composant est normalement de deux à trois ans. Au cours des cinq dernières années, une nouvelle version ou une version améliorée a été lancée chaque année sur le marché par l'une ou l'autre des grandes entreprises du secteur.

Analyse: Puisqu'aucune des deux sociétés d'ingénierie ne cherche à développer un produit tout à fait nouveau, les marchés à prendre en considération sont celui des composants existants et celui de la concession des technologies correspondantes sous licence. Même si leurs programmes de recherche et de développement existants se chevauchent dans une large mesure, la réduction de la duplication des efforts qui découle de la coopération pourrait leur permettre de consacrer à la recherche et au développement davantage de ressources financières qu'elles ne le pourraient individuellement. Il existe plusieurs autres technologies, et la part de marché cumulée des parties sur le marché des équipementiers ne les met pas en position dominante. Bien que, à 45 %, leur part du marché des technologies soit très élevée, on trouve sur le marché des technologies concurrentes. En outre, les constructeurs automobiles, qui ne concèdent pas à l'heure actuelle de licences sur leurs technologies, constituent aussi de nouveaux concurrents potentiels sur ce marché, ce qui limite la capacité des parties d'augmenter les prix. Telle qu'elle est décrite, l'entreprise commune pourra probablement bénéficier d'une exemption.

3. ACCORDS DE PRODUCTION (Y COMPRIS LES ACCORDS DE SPÉCIALISATION)

3.1. Définition

78. Les accords de production peuvent varier tant dans leur forme que dans leur champ d'application. Ils peuvent prendre la forme d'une production en commun par le biais d'une entreprise commune(34), c'est-à-dire d'une entreprise contrôlée en commun et exploitant une ou plusieurs installations de production, ou d'accords de spécialisation ou de sous-traitance, en vertu desquels l'une des parties accepte de fabriquer un produit donné.

79. On peut, en règle générale, distinguer trois catégories d'accords de production: les accords de production conjointe, aux termes desquels les parties acceptent de fabriquer certains produits conjointement, les accords de spécialisation (unilatérale

ou réciproque), en vertu desquels les parties acceptent, sur une base unilatérale ou réciproque, de cesser de fabriquer un produit donné et de l'acheter à l'autre partie, et les accords de sous-traitance, en vertu desquels une partie (le "donneur d'ordre") charge une autre partie (le "sous-traitant") de fabriquer un produit donné.

80. Les accords de sous-traitance sont des accords verticaux. Dans la mesure où ils contiennent des restrictions de concurrence, ils relèvent donc du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices sur les restrictions verticales. Il existe cependant deux exceptions à cette règle: les accords de sous-traitance entre entreprises concurrentes(35) et les accords de sous-traitance entre entreprises non concurrentes qui impliquent un transfert de savoir-faire au bénéfice du sous-traitant(36).

81. Les accords de sous-traitance entre entreprises concurrentes sont couverts par les présentes lignes directrices(37). Une communication distincte(38) donne des indications pour l'appréciation des accords de sous-traitance entre entreprises non concurrentes impliquant un transfert de savoir-faire au bénéfice du sous-traitant.

3.2. Marchés en cause

82. Pour pouvoir évaluer les relations de concurrence entre les participants à la coopération, il faut d'abord définir les marchés de produits en cause et les marchés géographiques en cause directement concernés par la coopération (c'est-à-dire les marchés auxquels appartiennent les produits visés par l'accord). Par ailleurs, un accord de production sur un marché peut aussi affecter le comportement concurrentiel des parties sur un marché situé en amont ou en aval de ce marché ou sur un marché voisin étroitement lié au marché directement concerné par la coopération(39) (c'est ce qu'on appelle les "marchés secondaires" ("spill-over markets"). Il ne peut toutefois y avoir d'effets induits ("spill-over effects") que si la coopération sur un marché entraîne inévitablement la coordination du comportement concurrentiel sur un autre marché, autrement dit si les marchés sont interdépendants et si les parties se trouvent dans une position de force sur le marché secondaire.

3.3. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1

3.3.1. Nature de l'accord

83. La principale source de problèmes de concurrence qui peut résulter d'accords de production est la coordination du comportement concurrentiel des parties en tant que fournisseurs. Ce type de problèmes de concurrence se pose lorsque les participants à la coopération sont en concurrence réelle ou potentielle sur au moins un des marchés en cause, en d'autres termes sur les marchés directement concernés par la coopération et/ou sur les marchés secondaires éventuels.

84. Le fait que les parties soient des concurrents ne conduit pas automatiquement à une coordination de leur comportement. En outre, il faut que la coopération entre les parties concerne une très grande partie de leurs activités pour que le partage des coûts atteigne des proportions importantes. Plus la part des coûts mis en commun est importante, plus le risque de limitation de la concurrence par les prix est élevé, en particulier dans le cas de produits homogènes.

85. Outre les problèmes de coordination, les accords de production peuvent aussi donner lieu à des problèmes de fermeture du marché et avoir d'autres effets négatifs vis-à-vis des tiers. Ils ne sont pas dus à une relation concurrentielle entre les parties, mais au fait que l'une d'entre elles au moins détient une position forte sur le marché (par exemple, sur le marché amont d'un composant essentiel, ce qui permet aux parties d'augmenter les coûts de leurs rivaux sur un marché aval) dans le contexte d'une relation plus verticale ou complémentaire entre les parties à la coopération. Le risque de fermeture du marché doit donc surtout être examiné en cas de production en

commun d'un composant important ou d'accords de sous-traitance (voir ci-dessous).

3.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

86. À moins qu'ils ne soulèvent des problèmes de fermeture du marché, les accords de production entre entreprises non concurrentes ne tombent pas, normalement, sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Cela vaut également pour les accords prévoyant que des biens intermédiaires ou des composants, qui étaient jusque-là fabriqués en vue d'une autoconsommation (production captive), seront dorénavant achetés à un tiers, sur une base de sous-traitance ou de spécialisation unilatérale, à moins que certains éléments n'indiquent que l'entreprise n'ayant produit jusque-là que pour sa propre consommation aurait pu pénétrer sur le marché des ventes de ces biens intermédiaires ou de ces composants à des tiers, sans supporter aucun coût ni risque supplémentaire élevé en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs.

87. Les accords de production entre concurrents ne tombent pas non plus nécessairement sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Premièrement, une coopération entre des entreprises qui se font concurrence sur des marchés étroitement liés au marché directement concerné par cette coopération ne saurait être accusée de restreindre la concurrence si elle constitue la seule possibilité commercialement justifiable pour entrer sur un nouveau marché, lancer un nouveau produit ou service ou réaliser un projet déterminé.

88. Deuxièmement, il est fort peu probable que cette coopération modifie le comportement concurrentiel des parties en tant que fournisseurs, si la part de leurs coûts totaux qu'elles partagent est faible. On peut par exemple supposer que les coûts partagés sont limités si deux ou plusieurs entreprises concluent un accord de spécialisation/production en commun d'un bien intermédiaire qui ne représente qu'une faible part des coûts de production du produit final et, par conséquent, des coûts totaux. Il en va de même pour un accord de sous-traitance entre concurrents lorsque le bien intermédiaire que l'un des concurrents achète à l'autre ne représente qu'une fraction des coûts de production du produit final. La même hypothèse est envisageable lorsque les parties produisent en commun un produit final, mais que cette production commune ne constitue qu'une faible part de la production totale de ce bien final. Même si la part de la production commune est élevée, la proportion des coûts totaux partagés peut être faible ou modérée si la coopération porte sur des produits hétérogènes qui réclament des actions commerciales coûteuses.

89. Troisièmement, les accords de sous-traitance entre concurrents ne tombent pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, s'ils se limitent à des ventes et à des achats ponctuels sur le marché accessible aux tiers, sans imposer d'autres obligations et sans faire partie d'une relation commerciale plus large entre les parties(40).

3.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

90. Les accords qui fixent les prix pour les produits livrés par les parties sur le marché, limitent la production ou répartissent les marchés ou les groupes de clients ont pour objet de restreindre la concurrence et tombent presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Il existe cependant des exceptions à cette règle:

- soit lorsque les parties fixent la production directement concernée par l'accord de production (par exemple, la capacité et le volume de production d'une entreprise commune, ou un volume convenu de produits à donner en sous-traitance),
- soit lorsqu'une entreprise commune de production qui assure aussi la distribution des produits manufacturés fixe les prix de vente de ces produits, pour autant que la fixation des prix en question résulte de l'intégration de ces diverses fonctions(41).

Dans ces deux scénarios, l'accord sur la production ou les prix ne sera pas apprécié

séparément, mais à la lumière des effets globaux de l'entreprise commune sur le marché, afin de déterminer si l'article 81, paragraphe 1, lui est applicable.

3.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

91. Les accords de production qui ne peuvent être qualifiés d'accords manifestement restrictifs ou non restrictifs en se fondant sur les critères énoncés plus haut peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1(42), et doivent être analysés dans leur contexte économique. Cette remarque s'applique aux accords de coopération entre concurrents qui entraînent un partage des coûts important, mais n'impliquent aucune des restrictions fondamentales évoquées ci-dessus.

3.3.2. Pouvoir de marché et structure des marchés

92. Le point de départ de l'analyse est la position des parties sur le ou les marchés concernés. Cela tient à ce que, faute d'être puissantes sur le marché, les parties à un accord de production n'ont pas la tentation de coordonner leur comportement concurrentiel en tant que fournisseurs. Par ailleurs, aucun effet sur la concurrence ne peut être attendu d'un accord si les parties ne disposent d'aucun pouvoir de marché considéré, quand bien même elles coordonneraient leur comportement.

93. Il n'existe pas de seuil de part de marché absolu indiquant qu'un accord de production crée un certain pouvoir de marché et tombe par conséquent sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Toutefois, les accords prévoyant une spécialisation unilatérale ou réciproque ainsi qu'une production conjointe sont exemptés, à condition qu'ils soient conclus entre des parties dont la part de marché cumulée ne dépasse pas 20 % sur le ou les marchés en cause et que les autres conditions d'application du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation soient remplies. En conséquence, pour les accords couverts par l'exemption par catégorie, les effets restrictifs ne doivent être analysés que si la part de marché cumulée des parties est supérieure à 20 %.

94. Les accords qui ne sont pas couverts pas le règlement d'exemption par catégorie exigent une analyse plus poussée. Le point de départ de l'analyse est la position des parties sur le ou les marchés concernés, avant de passer au calcul de l'indice de concentration et du nombre d'entreprises que compte le marché, ainsi qu'à l'examen d'autres facteurs, comme il est dit à la section 1.

95. Habituellement, l'analyse ne porte que sur le ou les marchés en cause directement concernés par la coopération. Dans certaines circonstances, par exemple si la position cumulée des parties est très forte sur des marchés en amont ou en aval ou sur des marchés étroitement liés, par d'autres aspects, aux marchés directement concernés par la coopération, il est possible que ces marchés secondaires doivent également être étudiés. Cela vaut en particulier pour une coopération sur des marchés en amont entre des entreprises qui disposent déjà, ensemble, d'une position de force sur des marchés en aval. De même, il peut être nécessaire d'examiner d'éventuels problèmes de fermeture du marché si les parties détiennent individuellement une position de force, que ce soit en tant que fournisseurs ou en tant qu'acheteurs d'un bien intermédiaire.

Position des parties sur le marché, indice de concentration, nombre d'entreprises et autres facteurs structurels

96. Si la part de marché cumulée des parties dépasse 20 %, il convient d'évaluer les effets probables de l'accord de production sur le marché. À cet égard, l'indice de concentration du marché ainsi que les parts de marché sont des éléments d'information importants. Plus la part de marché cumulée des parties est élevée, plus le marché concerné est concentré. Toutefois, il ne suffit pas que la part de marché soit légèrement supérieure au seuil autorisé par le règlement d'exemption par catégorie pour que l'indice de concentration soit nécessairement élevé. Par exemple, une part

de marché cumulée légèrement supérieure à 20 % peut être compatible avec un marché modérément concentré (IHH inférieur à 1800). Dans un tel scénario, les effets restrictifs sont improbables. Sur un marché plus concentré, en revanche, une part de marché qui dépasserait 20 % peut, conjuguée à d'autres éléments, entraîner une restriction de concurrence (voir également l'exemple 1 ci-dessous). La conclusion peut néanmoins être différente si le marché est très dynamique, en raison de l'entrée de nouveaux concurrents et de l'évolution constante des positions sur le marché.

97. En ce qui concerne la production en commun, les effets de réseau, qui se produisent lorsqu'il existe des liens entre un grand nombre de concurrents, peuvent également jouer un rôle important. Sur un marché concentré, la création d'un lien supplémentaire peut bouleverser l'équilibre et rendre probable une collusion sur ce marché, même si les parties ont une part de marché cumulée élevée, mais qui reste modérée (voir l'exemple 2 ci-dessous).

98. Dans certains cas, une coopération entre concurrents potentiels peut aussi poser des problèmes de concurrence. Cette constatation se limite néanmoins au cas où une entreprise puissante sur un marché coopère avec un nouvel arrivant potentiel, selon une hypothèse réaliste, par exemple un fournisseur du même produit ou service en position de force sur un marché géographique voisin. La réduction de la concurrence potentielle soulève des problèmes particuliers si la concurrence réelle est déjà faible et si la menace de l'arrivée de nouveaux concurrents est un moteur essentiel de la concurrence.

Coopération sur les marchés en amont

99. La production commune d'un composant important ou d'autres biens intermédiaires entrant dans la composition du produit final fabriqué par les parties peut entraîner des effets négatifs sur le marché dans certaines circonstances:

- des problèmes de fermeture (voir exemple 3 ci-dessous), à condition que les parties disposent d'une position de force sur le marché du produit intermédiaire en cause (usage non captif) et que le passage d'un usage captif à un usage non captif (et inversement) ne puisse se faire en cas d'augmentation des prix relatifs légère mais permanente pour le produit en question;
- des effets secondaires (voir exemple 4 ci-dessous), à condition que le produit intermédiaire représente un élément de coût important et que les parties soient en position de force sur le marché du produit final en aval.

Accords de sous-traitance entre concurrents

100. Des problèmes similaires peuvent se poser si un acteur du marché sous-traite à l'un de ses concurrents la production d'un composant important ou d'autres biens intermédiaires entrant dans la composition de son produit final. Cela peut également conduire à:

- des problèmes de fermeture du marché, pour autant que les parties disposent d'une position de force en tant que fournisseurs ou acheteurs sur le marché du bien intermédiaire en cause (usage non captif). La sous-traitance pourrait alors conduire à ce que les autres concurrents ne soient plus en mesure d'obtenir ce bien intermédiaire à un prix compétitif ou à ce que les autres fournisseurs ne soient plus en mesure de le fournir à des conditions compétitives en raison de la perte d'une part importante de leur demande;
- des effets secondaires, pour autant que le bien intermédiaire représente un élément de coût important et que les parties soient en position de force sur le marché du produit final en aval.

Accords de spécialisation

101. Les accords de spécialisation réciproque entre des parties dont les parts de

marché dépassent le seuil prévu par le règlement d'exemption par catégorie tombent presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, et doivent être examinés avec attention en raison du risque de cloisonnement des marchés (voir exemple 5 ci-dessous).

3.4. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3

3.4.1. Avantages économiques

102. On peut présumer que la plupart des types d'accords de production les plus courants génèrent certains avantages économiques sous la forme d'économies d'échelle ou de gamme ou d'une amélioration des techniques de production, à moins qu'ils ne servent à fixer les prix, à restreindre la production ou à répartir les marchés ou les clients. Dans ces conditions, il semble justifié de prévoir l'exemption des accords de ce type qui entraînent une restriction de concurrence jusqu'à un seuil de part de marché au-dessous duquel on peut présumer, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 3, en général, que les effets positifs des accords de production compenseront toute incidence négative sur la concurrence. Par conséquent, les accords prévoyant une spécialisation unilatérale ou réciproque ainsi qu'une production en commun sont exemptés (règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation), pour autant qu'ils ne contiennent pas de restrictions fondamentales (voir l'article 5) et qu'ils soient conclus entre des parties dont la part de marché cumulée ne dépasse pas 20 % sur le ou les marchés en cause.

103. Pour les accords qui ne sont pas couverts par une telle exemption, les parties doivent apporter la preuve qu'il en résulte une amélioration de la production ou d'autres gains d'efficience. Les gains d'efficience dont ne profitent que les parties ou les économies de coûts qui résultent d'une réduction de la production ou de la répartition des marchés ne sauraient être pris en considération.

3.4.2. Caractère indispensable

104. Les restrictions qui dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre les avantages économiques décrits plus haut ne sont pas acceptables. Par exemple, il ne faut pas que le comportement concurrentiel des parties soit limité en ce qui concerne la production non couverte par la coopération.

3.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

105. Aucune exemption n'est envisageable si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Lorsque, du fait d'un accord de production, une entreprise est dominante ou le devient, un accord de ce type qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 81 ne peut en principe pas être exempté. L'analyse des effets sur la concurrence doit porter sur le marché auquel appartiennent les produits visés par la coopération et sur les éventuels marchés secondaires.

3.5. Exemples

Production commune

106. Les deux exemples suivants concernent des cas fictifs qui soulèvent des problèmes de concurrence sur le marché en cause auquel appartiennent les produits fabriqués en commun.

107. Exemple 1

Situation: Prenons deux fournisseurs, A et B, d'un produit chimique de base X, qui décident de construire une nouvelle usine de production, dont ils confient le contrôle à une entreprise commune. Cette usine assurera plus ou moins 50 % de leur production totale. X est un produit homogène, auquel aucun autre produit n'est substituable, de sorte qu'il constitue à lui seul un marché en cause. Le marché est relativement atone. Les parties n'augmenteront pas leur production totale d'une

manière spectaculaire. En revanche, elles fermeront deux anciennes usines dont elles transféreront les capacités à la nouvelle usine. A et B ont chacune une part de marché de 20 %. Trois autres grands fournisseurs sont présents sur le marché, avec chacun une part de 10 à 15 %, de même que plusieurs autres petits fournisseurs.
Analyse: Il est probable que cette entreprise commune produira un effet sur le comportement concurrentiel des parties, car cette coordination leur conférerait un pouvoir de marché considérable, la possibilité de création d'une position dominante n'étant pas non plus exclue. De graves effets restrictifs sont vraisemblables. De grands gains d'efficience à même de compenser ces effets sont improbables dans un tel scénario, puisqu'aucun accroissement important de la production n'est à attendre.
108. Exemple 2
Situation: Deux fournisseurs, A et B, créent une entreprise commune de production sur le même marché en cause que dans l'exemple 1. L'entreprise commune assure aussi 50 % de la production totale des parties. A et B détiennent chacun 15 % du marché, qui compte 3 autres entreprises: C, avec une part de marché de 30 %, D, avec 25 % et E, avec 15 %. B a déjà ouvert une usine de production commune avec E.
Analyse: Dans ce cas, le marché est caractérisé par l'existence d'un très petit nombre d'entreprises et par des structures assez symétriques. L'entreprise commune crée un lien supplémentaire entre les entreprises. La coordination entre A et B renforcerait, de fait, la concentration du marché et lierait E à A et B. Cette coopération est susceptible d'entraîner un grave effet restrictif et, comme dans l'exemple 1, aucun gain d'efficience important n'est probable.
109. L'exemple 3 concerne également le marché en cause auquel appartiennent les produits fabriqués en commun, mais montre toute l'importance des critères autres que la part de marché (dans cet exemple: passage d'une production captive à une production non captive et inversement).
110. Exemple 3
Situation: A et B constituent une entreprise commune de production pour la fabrication d'un produit intermédiaire X, par le biais d'une restructuration de leurs usines actuelles. L'entreprise commune vend le produit X exclusivement à A et B. Elle assure 40 % de la production totale du produit X par A et 50 % de celle de B. A et B sont des utilisateurs captifs du produit X et sont également des fournisseurs sur le marché non captif. La part de A dans la production totale de X à l'échelon du secteur est de 10 %, celle de B, de 20 % et celle de l'entreprise commune, de 14 %. Sur le marché non captif, toutefois, A et B détiennent une part de marché de 25 % et de 35 % respectivement.
Analyse: Malgré la position de force des parties sur le marché non captif, la coopération ne peut éliminer la concurrence efficace sur le marché du produit X, si les coûts de réorientation entre utilisation captive et utilisation non captive sont faibles. Cependant, la part de marché élevée (60 %) des parties ne peut être contrebalancée que si la réorientation d'une utilisation vers l'autre est très rapide. Dans le cas contraire, cette entreprise commune de production soulève de graves problèmes de concurrence qui ne sauraient être compensés même par des avantages économiques importants.
111. L'exemple 4 porte sur une coopération concernant un produit intermédiaire important et produisant des effets induits sur un marché en aval.
112. Exemple 4
Situation: A et B créent une entreprise commune de production pour la fabrication d'un produit intermédiaire X. Elles fermeront leurs propres usines qui fabriquaient

jusqu'ici ce produit et s'approvisionneront exclusivement auprès de l'entreprise commune pour couvrir leurs besoins en ce produit. Ce produit intermédiaire représente 50 % des coûts totaux du produit final Y. A et B ont chacune une part de 20 % du marché du produit Y. Le marché compte deux autres grands fournisseurs du produit Y, qui possèdent chacun 15 % du marché, ainsi que plusieurs petits concurrents.

Analyse: Dans cet exemple, les coûts mis en commun sont élevés. En outre, les parties acquerraient un pouvoir de marché grâce à la coordination de leur comportement sur le marché du produit Y. Cette coopération pose des problèmes sous l'angle de la concurrence, et l'appréciation est quasiment identique à celle de l'exemple 1, même si la coopération s'effectue, dans ce cas, sur un marché en amont.

Spécialisation réciproque

113. Exemple 5

Situation: A et B fabriquent et fournissent toutes deux les produits homogènes X et Y, qui appartiennent à des marchés distincts. La part de marché de A pour le produit X est de 28 %, pour le produit Y, de 10 %. La part de B sur le marché du produit X est de 10 %, contre 30 % sur le marché du produit Y. En raison des économies d'échelle, elles concluent un accord de spécialisation réciproque, en vertu duquel A ne fabriquera plus à l'avenir que le produit X et B, le produit Y. Elles conviennent en outre de s'approvisionner l'une l'autre, de manière à rester toutes deux des fournisseurs sur ces marchés. Étant donné l'homogénéité des produits, les coûts de distribution sont très faibles. Les marchés comptent deux autres producteurs-fournisseurs des produits X et Y, avec des parts de marché respectives voisines de 15 %, les autres fournisseurs ayant des parts de marché comprises entre 5 % et 10 %.

Analyse: La part des coûts communs est extrêmement élevée. Seuls les coûts de distribution restent distincts, mais ils sont relativement faibles. Par conséquent, il reste très peu de place pour la concurrence. Les parties acquerraient un pouvoir de marché par le biais d'une coordination de leur comportement sur les marchés des produits X et Y. De plus, l'offre du produit Y par A et celle du produit X par B sont vraisemblablement appelées à diminuer à terme. Cet exemple pose des problèmes de concurrence qui seraient difficilement compensables par les économies d'échelle.

Le scénario pourrait être différent si les produits X et Y étaient hétérogènes et si les coûts de commercialisation et de distribution représentaient un poste très important (par exemple, 65-70 % des coûts totaux). Si, en outre, l'offre d'une gamme complète de ces produits différenciés était une condition du succès par rapport à la concurrence, le retrait d'une ou de plusieurs parties en tant que fournisseurs du produit X et/ou du produit Y serait peu probable. Dans un tel scénario, les critères à remplir pour bénéficier d'une exemption pourraient être remplis (sous réserve que les économies d'échelle soient importantes), en dépit des parts de marché élevées.

Sous-traitance entre concurrents

114. Exemple 6

Situation: A et B sont concurrents sur le marché du produit final X. A détient une part de marché de 15 %, B de 20 %. Ils produisent également tous les deux le produit intermédiaire Y, qui entre dans la production de X, mais est également utilisé pour fabriquer d'autres produits. Y représente 10 % du coût de X. A ne produit Y que pour sa propre consommation, alors que B le vend aussi à des tiers. Sa part de marché pour Y est de 10 %. A et B concluent un accord de sous-traitance prévoyant qu'A achètera 60 % de ses besoins de Y à B. Il continuera de produire lui-même 40 % de ses besoins de manière à ne pas perdre le savoir-faire relatif à la production de Y.

Analyse: comme A n'a produit Y que pour sa propre consommation, il convient d'abord d'examiner si A peut être considéré comme un entrant potentiel crédible sur le marché de la vente de Y à des tiers. Dans la négative, l'accord ne restreint pas la concurrence en ce qui concerne Y. Des effets induits sur le marché de X sont également improbables en raison du faible niveau de mise en commun des coûts résultant de l'accord.
Si A devait être considéré comme un entrant potentiel crédible sur le marché de la vente de Y à des tiers, il faudrait prendre en considération la position de B sur le marché de Y. Comme la part de marché de B est plutôt faible, le résultat de l'analyse resterait inchangé.

4. ACCORDS D'ACHAT

4.1. Définition

115. Ce chapitre traite des accords portant sur les achats groupés de produits. Ce type d'achat peut être réalisé par l'entremise d'une société contrôlée conjointement ou d'une société dans laquelle un grand nombre d'entreprises détiennent une petite participation, sur la base d'un accord contractuel, ou encore au travers d'une forme de coopération plus souple.

116. Les accords d'achat sont souvent conclus par de petites et moyennes entreprises, afin de leur permettre d'acheter des quantités et d'obtenir des rabais similaires à ceux de leurs concurrents plus gros. Ces accords entre PME sont donc généralement favorables à la concurrence. Même s'ils suscitent un certain pouvoir de marché, cette conséquence peut être compensée par les économies d'échelle réalisées si les parties regroupent vraiment les quantités qu'elles achètent.

117. Les achats groupés peuvent se fonder sur des accords à la fois horizontaux et verticaux. Il convient alors de procéder à une analyse en deux étapes. Premièrement, les accords horizontaux doivent être appréciés selon les principes exposés dans les présentes lignes directrices. Si cette appréciation permet de conclure que la coopération entre des entreprises concurrentes dans le domaine des achats peut être autorisée, un complément d'appréciation sera nécessaire pour examiner les accords verticaux conclus avec des fournisseurs ou avec des vendeurs à titre individuel. Cette seconde appréciation s'effectuera selon les règles énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie et dans les lignes directrices sur les restrictions verticales(43).

118. Une association constituée par un groupe de détaillants pour l'achat groupé de produits en est un exemple. Il convient d'abord d'examiner les accords horizontaux conclus entre les membres de l'association ou les décisions adoptées par celle-ci en tant qu'accord horizontal au regard des présentes lignes directrices. Ce n'est que si cette appréciation est positive qu'il y a lieu d'apprécier les accords verticaux qui en découlent, qu'il s'agisse d'accords entre l'association et l'un de ses membres, ou entre l'association et des fournisseurs. Ces accords sont couverts, jusqu'à un certain point, par l'exemption par catégorie relative aux restrictions verticales(44). Les accords ne relevant pas de l'exemption par catégorie des accords verticaux ne seront pas présumés illicites, mais pourront appeler un examen au cas par cas.

4.2. Marchés en cause

119. Deux marchés peuvent être affectés par les achats groupés: premièrement, le ou les marchés directement concernés par la coopération, c'est-à-dire les marchés d'achat en cause. Deuxièmement, le ou les marchés de vente, c'est-à-dire les marchés en aval sur lesquels les parties à l'accord d'achat groupé opèrent en tant que vendeurs.

120. La définition des marchés d'achat en cause suit les principes figurant dans la communication de la Commission sur la définition du marché en cause; elle est basée

sur Ie concept de substituabilité, afin d'identifier les pressions concurrentielles. La seule différence par rapport à la définition des "marchés de vente" est que la substituabilité doit être définie du point de vue de l'offre, et non de la demande. En d'autres termes, les solutions de remplacement dont disposent les fournisseurs constituent un facteur crucial pour identifier les pressions concurrentielles qui s'exercent sur les acheteurs. Celles-ci pourraient par exemple être analysées en examinant la réaction des fournisseurs à une diminution des prix faible, mais durable. Une fois le marché défini, la part de marché détenue sera alors égale au pourcentage que les achats des parties concernées représentent par rapport aux ventes totales du produit ou du service acheté sur le marché en cause.

121. Exemple 1

Un groupe de constructeurs automobiles conviennent d'acheter ensemble le produit X. Leurs achats groupés de X s'élèvent à 15 unités. L'ensemble des ventes de X à des constructeurs automobiles représentent 50 unités. Toutefois, X est également vendu à des fabricants de biens autres que des véhicules automobiles. La totalité des ventes de X représente 100 unités. La part de marché (à l'achat) du groupe est donc de 15 %.

122. Si les parties sont également en concurrence les unes avec les autres sur un ou plusieurs marchés de vente, ceux-ci seront également considérés comme des marchés en cause aux fins de l'appréciation. Il est plus probable qu'il se produise des restrictions de la concurrence sur ces marchés si les parties parviennent à obtenir un certain pouvoir de marché en coordonnant leur comportement et en partageant une partie substantielle de leurs coûts totaux. C'est par exemple le cas lorsque des détaillants opérant sur le ou les mêmes marchés de détail en cause achètent conjointement des quantités importantes des produits qu'ils proposent à la revente. Cela peut également se produire si des fabricants et des vendeurs d'un produit final qui se trouvent en concurrence les uns avec les autres se regroupent pour acheter conjointement une proportion importante de leurs biens intermédiaires. Les marchés de vente doivent être définis en appliquant la méthodologie exposée dans la communication de la Commission sur la définition du marché en cause.

4.3. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1

4.3.1. Nature de l'accord

4.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

123. De par leur nature même, les accords d'achat groupé sont conclus entre des sociétés qui sont au moins en concurrence les unes avec les autres sur les marchés d'achat des produits. S'il y a coopération entre des acheteurs concurrents n'opérant pas sur le même marché en cause en aval (par exemple des détaillants opérant sur des marchés géographiques différents et qui ne peuvent donc être considérés, dans le cadre d'une approche réaliste, comme des concurrents potentiels), l'article 81, paragraphe 1, sera rarement applicable, à moins que les parties ne bénéficient d'une position très forte sur les marchés des achats, susceptible d'être utilisée pour saper la position concurrentielle d'autres opérateurs sur leurs marchés des ventes respectifs.

4.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

124. Les accords d'achat ne relèvent par nature de l'article 81, paragraphe 1, que lorsque la coopération ne porte pas vraiment sur des achats groupés, mais qu'elle est utilisée pour parvenir à une entente déguisée, c'est-à-dire à des pratiques normalement interdites telles la fixation des prix, la limitation de la production ou la répartition des marchés.

4.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

125. La plupart des accords d'achat doivent être analysés en fonction de leur contexte juridique et économique. L'analyse doit porter à la fois sur les marchés d'achat et sur

les marchés de vente des produits.

4.3.2. Pouvoir de marché et structure des marchés

126. Le point de départ de l'analyse est l'examen de la puissance d'achat des parties. On peut supposer qu'il y a puissance d'achat lorsqu'un accord d'achat porte sur une partie suffisamment importante du volume total d'un marché d'achat de produits, de telle sorte que les prix peuvent être ramenés au-dessous d'un niveau d'équilibre concurrentiel ou que l'accès au marché peut être fermé aux acheteurs concurrents. Lorsqu'une forte puissance d'achat peut être exercée vis-à-vis des fournisseurs sur un marché donné, cela peut aboutir à des pertes d'efficience, par exemple une réduction de la qualité, une diminution de l'effort dans le domaine de l'innovation ou, en fin de compte, une limitation de l'offre. Toutefois, l'une des principales préoccupations suscitées par une situation de puissance d'achat est que la baisse des prix ne soit pas répercutée en aval sur les clients, et qu'elle entraîne une augmentation des coûts pour les concurrents des acheteurs sur les marchés de vente des produits, dans la mesure où soit les fournisseurs tenteront de compenser les réductions de prix consenties à un groupe de clients en augmentant les prix facturés aux autres clients soit l'accès des concurrents à des fournisseurs efficients sera réduit. Par conséquent, les marchés d'achat et de vente des produits sont caractérisés par un certain nombre de relations d'interdépendance, qui sont exposées ci-dessous.

Relations d'interdépendance entre les marchés d'achat et les marchés de vente des produits

127. Une coopération entre acheteurs concurrents peut sensiblement réduire la concurrence en créant une puissance d'achat. Si l'existence d'une puissance d'achat peut se traduire par une réduction des prix à la consommation, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas toujours favorable à la concurrence et peut même, dans certaines circonstances, avoir des répercussions négatives graves sur celle-ci.

128. Premièrement, une baisse des coûts d'achat consécutive à l'exercice d'une puissance d'achat ne peut pas être regardée comme favorable à la concurrence si les acheteurs, considérés dans leur ensemble, peuvent exercer un certain pouvoir sur les marchés de vente des produits. Dans ce cas, en effet, les économies réalisées sur le plan des coûts ne seront probablement pas répercutées sur les consommateurs. Plus la puissance globale des parties sur les marchés où elles vendent leurs produits est grande, plus elles seront tentées de coordonner leur comportement en tant que vendeurs. Cela leur sera peut-être encore plus facile si elles parviennent à mettre en commun une grande partie de leurs coûts grâce à des achats groupés. Si, par exemple, plusieurs gros détaillants achètent ensemble une grande partie de leurs produits, ils pourront partager une proportion importante de leurs coûts. Les effets négatifs des achats groupés peuvent donc être très similaires à ceux de la production en commun.

129. Deuxièmement, la puissance d'achat utilisée pour fermer le marché aux concurrents ou augmenter leurs coûts peut créer ou renforcer un pouvoir de marché en aval. Si un groupe de clients possède une forte puissance d'achat, il pourrait fermer le marché aux acheteurs concurrents en limitant leur accès à des fournisseurs efficients. Cette situation risque aussi d'entraîner une augmentation des coûts pour ses concurrents, dans la mesure où les fournisseurs tenteront de compenser les réductions de prix consenties à ce groupe en augmentant les prix facturés à d'autres clients (par exemple discriminations en matière de rabais exercées par les fournisseurs envers les détaillants). Toutefois, cela n'est possible que si les fournisseurs du marché d'achat des produits possèdent également un certain pouvoir de marché. Dans ces deux cas, la concurrence sur les marchés de vente des produits peut être limitée plus encore par la puissance d'achat.

130. Il n'existe pas de seuil absolu indiquant qu'une coopération dans le domaine des achats donne naissance à un certain pouvoir de marché et relève donc de l'article 81, paragraphe 1. Toutefois, dans la plupart des cas, il est improbable qu'un tel pouvoir de marché existe si les parties à l'accord détiennent une part cumulée inférieure à 15 % tant sur les marchés des achats que sur ceux des ventes. En toute hypothèse, à ce niveau de part de marché, il est probable que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, explicitées ci-dessous sont remplies par l'accord en question.

131. Une part de marché supérieure à ce seuil n'indique pas automatiquement que la coopération a des effets négatifs sur le marché, mais elle nécessite une appréciation plus détaillée de l'impact d'un accord d'achat groupé sur le marché, portant notamment sur des facteurs tels que la concentration du marché et l'existence éventuelle d'un pouvoir compensateur de la part de fournisseurs importants. Des accords d'achat groupé réunissant des parties qui possèdent une part de marché cumulée nettement supérieure à 15 % sur un marché concentré sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, et les parties devront montrer que ces accords entraînent des gains d'efficience susceptibles de contrebalancer leurs effets restrictifs.

4.4. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3

4.4.1. Avantages économiques

132. Les accords d'achat peuvent apporter des avantages économiques, tels que des économies d'échelle dans le domaine des commandes et des transports, qui peuvent être supérieurs aux effets restrictifs. Si les parties possèdent ensemble une puissance d'achat ou de vente importante, la question des gains d'efficience devra être examinée avec soin. Les économies réalisées grâce au simple exercice de la puissance d'achat et qui ne profitent pas aux consommateurs ne peuvent pas être prises en considération.

4.4.2. Caractère indispensable

133. Les accords d'achat ne peuvent pas être exemptés s'ils imposent des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des avantages mentionnés ci-dessus. L'obligation d'acheter uniquement dans le cadre de l'accord de coopération peut, dans certains cas, être indispensable pour parvenir au volume nécessaire à la réalisation d'économies d'échelle. Toutefois, une telle obligation doit être appréciée dans le contexte précis de chaque affaire traitée.

4.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

134. Aucune exemption n'est envisageable si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Cette appréciation doit porter à la fois sur les marchés d'achat et sur les marchés de vente des produits. Les parts de marché cumulées des parties peuvent être prises comme point de départ. Il faut ensuite évaluer si ces parts indiquent l'existence d'une position dominante et s'il existe des circonstances atténuantes, telles qu'une puissance compensatrice des fournisseurs sur les marchés d'achat ou des possibilités de pénétration sur les marchés de vente des produits. Lorsqu'une entreprise est dominante ou le devient du fait d'un accord d'achat sur le marché des achats ou sur celui des ventes, un accord de ce type qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 81 ne peut en principe pas être exempté.

4.5. Exemples

135. Exemple 2

Situation: Deux fabricants, A et B, décident d'acheter en commun le composant X. Ils sont en concurrence sur leur marché de vente des produits. Leurs achats communs représentent 35 % des ventes totales de X dans l'EEE, qui est supposé être le marché géographique en cause. Il existe six autres fabricants (concurrents de A et B sur leur

marché de vente), qui représentent les 65 % restants du marché d'achat; l'un d'entre eux possède 25 % de ce marché, les autres, une part beaucoup moins importante. L'offre est plutôt concentrée, avec six fournisseurs du composant X, dont deux possèdent 30 % du marché chacun, et les autres entre 10 et 15 % (IHH 2300-2500). Sur leur marché de vente, A et B possèdent une part de marché cumulée de 35 %.
Analyse: En raison de la puissance que possèdent les parties sur leur marché de vente, les avantages des économies susceptibles d'être réalisées en matière de coûts peuvent ne pas être répercutés sur les consommateurs finals. En outre, les achats groupés des parties sont susceptibles d'entraîner une augmentation des coûts de leurs concurrents moins puissants, puisque les deux fournisseurs les plus puissants récupéreront probablement les réductions de prix consenties au groupe en augmentant les prix des clients moins importants. Cela peut entraîner un renforcement de la concentration sur le marché en aval. De plus, la coopération peut aboutir à une concentration plus forte chez les fournisseurs, dans la mesure où les plus faibles d'entre eux, qui travaillent peut-être déjà à un niveau proche du niveau optimal minimum, voire inférieur, risquent d'être éliminés du marché s'ils ne sont pas capables de réduire encore leurs prix. Un tel cas aboutirait probablement à une restriction sensible de la concurrence, qui pourrait ne pas être compensée par les gains d'efficience susceptibles d'être réalisés grâce au regroupement des quantités achetées.

136. Exemple 3

Situation: 150 petits détaillants concluent un accord pour constituer un groupement d'achat. Ils sont obligés d'acheter un volume minimum par l'intermédiaire du groupement, équivalant à environ 50 % de leurs coûts totaux respectifs. Ils peuvent acheter plus que le volume minimum par l'intermédiaire du groupement et peuvent aussi s'approvisionner en dehors de celui-ci. Ils possèdent une part de marché cumulée de 20 % à la fois sur le marché d'achat et sur le marché de vente des produits. A et B sont leurs deux plus grands concurrents. A possède 25 % de chacun des marchés concernés, et B 35 %. Les autres concurrents plus petits ont également constitué un groupement d'achat. Les 150 détaillants réalisent des économies en effectuant en commun l'achat de quantités importantes, ainsi que les opérations liées aux achats.
Analyse: Les détaillants peuvent partager une grande partie de leurs coûts s'ils achètent ensemble plus que le volume minimum convenu. Toutefois, ils ne possèdent, considérés dans leur ensemble, que des parts peu élevées tant sur le marché d'achat que sur le marché de vente. En outre, la coopération entraînant certaines économies d'échelle, elle est susceptible de bénéficier d'une exemption.

137. Exemple 4

Situation: Deux chaînes de supermarchés concluent un accord pour acheter en commun des produits représentant environ 50 % de leurs coûts totaux. Sur les marchés d'achat en cause pour les différentes catégories de produits, les parties atteignent des parts se situant entre 25 et 40 %, alors que sur le marché de vente en cause (en supposant qu'il y ait un seul marché géographique concerné), leurs parts atteignent 40 %. Il existe cinq autres grands détaillants, possédant chacun de 10 à 15 % de parts de marché. Des entrées sur le marché sont peu probables.
Analyse: Cet accord d'achat groupé est susceptible d'influer sur le comportement concurrentiel des parties, dans la mesure où la coordination de leurs achats leur donnera un pouvoir de marché important. Cela est tout particulièrement le cas lorsque les possibilités d'entrée sont faibles. En outre, si les coûts sont similaires, les parties seront plus tentées de coordonner leur comportement. Si elles réalisent des

marges similaires, elles seront encore plus incitées à pratiquer les mêmes prix. Même si la coopération entraîne des gains d'efficience, elle aura peu de chances d'être exemptée, en raison du fort pouvoir de marché des parties.

138. Exemple 5

Situation: Cinq petites coopératives concluent un accord en vue de constituer un groupement d'achat. Si elles sont tenues d'acheter un volume minimum par l'intermédiaire du groupement, elles peuvent acheter plus que ce volume minimum par son entremise, et sont également autorisées à s'approvisionner en dehors de ce groupement. Chacune des parties possède une part de marché totale de 5 % tant sur le marché de l'achat que sur le marché de la vente des produits, ce qui donne une part cumulée de 25 %. Il existe deux autres détaillants importants, possédant chacun de 20 à 25 % de parts de marché, ainsi que plusieurs petits détaillants dont les parts sont inférieures à 5 %.

Analyse: La création du groupement d'achat est susceptible de donner aux parties, tant sur le marché de l'achat que sur le marché de la vente des produits, une puissance qui leur permettra d'entrer en concurrence avec les deux détaillants les plus importants. En outre, la présence de ces deux autres acteurs, qui détiennent des parts de marché similaires, peut entraîner la répercussion sur les consommateurs des gains d'efficience consécutifs à l'accord. Dans ce cas, l'accord aurait toutes les chances d'être exempté.

5. ACCORDS DE COMMERCIALISATION

5.1. Définition

139. Les accords dont il est question dans la présente section portent sur une coopération entre concurrents pour la vente, la distribution ou la promotion de leurs produits. Ces accords peuvent avoir une portée très différente, en fonction des éléments de la commercialisation sur lesquels porte la coopération. À l'une des extrémités du spectre couvert, on trouve la vente groupée, qui implique une détermination en commun de tous les aspects commerciaux liés à la vente du produit, y compris le prix. À l'autre extrémité, on peut trouver des accords plus limités portant seulement sur un aspect particulier de la commercialisation, tel que la distribution, le service après-vente ou la publicité.

140. Le plus important de ces accords plus limités semble être l'accord de distribution. Ce type d'accord est généralement couvert par le règlement d'exemption par catégorie et par les lignes directrices sur les restrictions verticales, à moins que les parties ne soient des concurrents existants ou potentiels. Dans ce cas, le règlement d'exemption par catégorie ne couvre les accords verticaux entre concurrents que s'ils sont non réciproques et que a) l'acheteur, ainsi que les entreprises qui lui sont liées, réalisent un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 100 millions d'euros, ou que b) le fournisseur est un fabricant et un distributeur de produits alors que l'acheteur est un distributeur qui ne fabrique pas des produits concurrents des produits contractuels ou que c) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux du commerce, alors que l'acheteur ne fournit pas de services concurrents au niveau du commerce où il achète les services contractuels(45). Si des concurrents se mettent d'accord pour assurer réciproquement la distribution de leurs produits, il est possible, dans certains cas, que les accords aient pour objet ou pour effet le cloisonnement de marchés au bénéfice des parties, ou qu'ils aboutissent à une collusion. Cela vaut également pour les accords non réciproques entre concurrents dépassant une certaine taille. De tels accords doivent donc d'abord être appréciés selon les principes mentionnés ci-après. Si cette appréciation permet de conclure que la coopération entre les entreprises concurrentes dans le domaine de la distribution peut en principe être autorisée, un

complément d'analyse sera nécessaire pour examiner les restrictions verticales contenues dans ces accords. Cette appréciation doit s'appuyer sur les principes définis dans les lignes directrices sur les restrictions verticales.

141. Il conviendrait également d'établir une distinction entre les accords dans lesquels les parties conviennent uniquement d'une commercialisation en commun et les accords dans lesquels la commercialisation est liée à une autre forme de coopération. Cela peut, par exemple, être le cas pour la production en commun ou les achats groupés. Ces accords seront appréciés de la même façon que ceux relatifs à ces types de coopération.

5.2. Marchés en cause

142. Pour apprécier les relations de concurrence entre les parties à la coopération, il faut tout d'abord définir le ou les marchés de produits et géographiques en cause qui sont directement concernés par la coopération (c'est-à-dire le ou les marchés auxquels appartiennent les produits faisant l'objet de l'accord). Ensuite, il faut tenir compte du fait qu'un accord de commercialisation conclu sur un marché peut également affecter le comportement concurrentiel des parties sur un marché voisin étroitement lié à celui sur lequel porte la coopération.

5.3. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1

5.3.1. Nature de l'accord

5.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

143. Les accords de commercialisation couverts par la présente section ne relèvent des règles de concurrence que si les parties concernées sont des concurrents. Si elles ne se livrent manifestement pas concurrence pour les produits ou services couverts par l'accord, celui-ci ne soulèvera pas de problèmes de concurrence de caractère horizontal. L'accord peut néanmoins tomber sous le coup de l'article 81, paragraphé 1, s'il contient des restrictions verticales telles que des restrictions des ventes passives, des prix imposés, etc. Il en va de même lorsqu'une coopération dans le domaine de la commercialisation est objectivement nécessaire pour permettre à une partie de pénétrer sur un marché sur lequel elle n'aurait pas pu entrer individuellement, par exemple en raison des coûts que cela implique. C'est notamment le cas lorsque plusieurs sociétés constituent un groupement d'entreprises afin de pouvoir élaborer une offre crédible pour des projets pour lesquels elles n'auraient pas été en mesure de soumissionner individuellement. Comme elles ne sont pas des concurrents potentiels pour cette offre précise, il n'y a pas restriction de la concurrence.

5.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

144. Le principal problème que pose un accord de commercialisation entre concurrents est la fixation des prix. Les accords limités à la vente en commun ont généralement pour objet et pour effet de coordonner les politiques de prix de fabricants concurrents. Dans ce cas, ils n'éliminent pas seulement toute concurrence par les prix entre les parties, mais limitent également le volume des produits qui seront fournis par les parties dans le cadre du système de répartition des commandes. Ils restreignent donc la concurrence entre les parties dans le domaine de l'offre et limitent le choix des acquéreurs. De ce fait, ils entrent dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1.

145. Cette appréciation reste la même si l'accord est non exclusif. L'article 81, paragraphe 1, est en effet d'application même lorsque les parties sont libres de vendre leurs produits en dehors de l'accord, si l'on peut supposer que celui-ci entraînera une coordination générale des prix facturés par les parties.

5.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

146. Les accords de commercialisation n'aboutissant pas à des ventes groupées suscitent deux grandes préoccupations. La première est que la commercialisation en commun ne constitue une bonne occasion pour échanger des informations commerciales sensibles, notamment sur les stratégies de commercialisation et les prix. La seconde est que, selon la structure des coûts de commercialisation, un élément important des coûts finals des parties ne devienne commun. Cela peut mener à une réduction des possibilités de concurrence par les prix à l'étape ultime de la vente. Les accords de commercialisation en commun peuvent donc entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, s'ils permettent l'échange d'informations commerciales sensibles ou s'ils influent sur une partie importante des coûts finals des parties.

147. L'un des risques que présentent les accords de distribution entre concurrents opérant sur des marchés géographiques différents est qu'ils peuvent aboutir ou contribuer à un cloisonnement des marchés. Dans le cas d'accords de distribution réciproque des produits des différentes parties, celles-ci se répartissent les marchés ou les clients et éliminent ainsi la concurrence entre elles. Lors de l'appréciation de ce type d'accord, il faut avant tout s'attacher à savoir si l'accord concerné était objectivement nécessaire pour que les parties puissent pénétrer sur le marché l'une de l'autre. Si c'est le cas, l'accord ne soulève pas de problèmes de concurrence de caractère horizontal. L'accord de distribution peut néanmoins tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, s'il contient des restrictions verticales telles que des restrictions des ventes passives, des prix imposés, etc. Si l'accord n'est pas objectivement nécessaire pour permettre aux parties d'entrer sur le marché l'une de l'autre, il tombe sous le coup de cette disposition. Si l'accord n'est pas réciproque, le risque de cloisonnement du marché est moindre. Toutefois, il convient d'analyser si les parties utilisent un accord non réciproque pour s'engager à ne pas pénétrer sur leurs marchés respectifs ou pour contrôler l'accès au marché «d'importation» ou la concurrence sur celui-ci.

5.3.2. Pouvoir de marché et structure des marchés

148. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les accords impliquant la fixation des prix entrent toujours dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, quel que soit le pouvoir de marché des parties. Toutefois, ils peuvent être exemptés en vertu de l'article 81, paragraphe 3, si les conditions mentionnées ci-dessous sont remplies.

149. Les accords de commercialisation entre concurrents qui n'impliquent pas de fixation des prix ne sont soumis aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, que si les parties à l'accord possèdent un certain pouvoir de marché. Dans la plupart des cas, il est improbable qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord détiennent une part de marché cumulée inférieure à 15 %. En toute hypothèse, à ce niveau de part de marché, il est probable que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, explicitées ci-après soient remplies par l'accord en question.

150. Si la part de marché cumulée des parties est supérieure à 15 %, l'impact probable sur le marché de l'accord de commercialisation en commun doit être apprécié. À cet égard, la concentration du marché ainsi que les parts de marché détenues constituent des facteurs sensibles. Plus le marché est concentré, plus la possession d'informations sur les prix et les stratégies de commercialisation est utile pour réduire la marge d'incertitude, et plus les parties se trouvent incitées à échanger des informations de ce type(46).

5.4. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3

5.4.1. Avantages économiques

151. Les gains d'efficience qui doivent être pris en considération pour apprécier si un

accord de commercialisation en commun peut être exempté dépendront de la nature de l'activité concernée. La fixation des prix ne se justifie généralement pas, sauf si elle est indispensable à l'intégration d'autres fonctions de commercialisation et si cette intégration engendrera des gains d'efficience substantiels. L'ampleur des gains d'efficience dépend notamment de l'importance de la commercialisation en commun pour la structure générale des coûts du produit concerné. La distribution en commun aura donc plus de chances de générer des gains d'efficience importants pour les producteurs de produits de consommation largement distribués que pour des producteurs de produits industriels qui ne sont achetés que par un nombre limité de clients.

152. En outre, les gains d'efficience allégués ne doivent pas être des économies résultant uniquement de l'élimination de coûts inhérents à la concurrence, mais doivent être consécutifs à l'intégration d'activités économiques. C'est ainsi qu'une réduction des coûts de transport résultant uniquement d'une répartition des clients, mais sans intégration du système logistique, ne peut pas être considérée comme un gain d'efficience justifiant l'exemption de l'accord.

153. Les gains d'efficience allégués doivent être prouvés. À cet égard, l'apport, par les deux parties, de capitaux, de technologies ou d'autres actifs importants, peut constituer un élément de preuve. Les baisses de coût consécutives à la réduction des doubles emplois en matière de ressources et d'installations peuvent également être acceptées. En revanche, si la commercialisation en commun se fait par l'intermédiaire d'un simple agent de vente en commun, sans qu'il n'y ait aucun investissement, elle risque de constituer une entente déguisée et ne répondra donc pas aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

5.4.2. Caractère indispensable

154. Un accord de commercialisation ne peut pas être exempté s'il impose des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des avantages mentionnés ci-dessus. Ainsi qu'il a déjà été dit précédemment, la question du caractère indispensable des restrictions est particulièrement importante pour les accords impliquant une fixation des prix ou une répartition des marchés.

5.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

155. Aucune exemption n'est envisageable si la possibilité est donnée aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Pour l'appréciation de cet élément, on peut prendre comme point de départ les parts de marché cumulées des parties. Il faut ensuite évaluer si ces parts de marché indiquent l'existence d'une position dominante et s'il existe des circonstances atténuantes, telles que des possibilités d'entrée sur le marché. Lorsque, du fait d'un accord de commercialisation, une entreprise est dominante ou le devient, un accord de ce type qui produit des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 81 ne peut en principe pas être exempté.

5.5. Exemples

156. Exemple 1

Situation: Cinq petits producteurs de denrées alimentaires, détenant chacun 2 % de l'ensemble de ce marché, conviennent de réunir leurs installations de distribution, de commercialiser leurs produits sous une marque commune et de vendre leurs produits à un prix commun. Cette décision implique de lourds investissements dans des entrepôts, des moyens de transport, des campagnes de publicité, des actions de marketing et une force de vente. Cela leur permet de réduire sensiblement leurs coûts, qui représentent généralement 50 % du prix auquel ils vendent leurs produits, et de proposer un système de distribution plus efficace et plus rapide. Les clients de ces

producteurs sont de grandes chaînes de vente au détail.
Le marché est dominé par trois grands groupes alimentaires multinationaux, qui détiennent chacun une part de marché de 20 %. Le reste du marché se compose de petits producteurs indépendants. Les gammes de produits des parties à l'accord se chevauchent dans certains secteurs importants, mais leur part de marché cumulée n'est supérieure à 15 % sur aucun des marchés de produits en cause.
Analyse : Cet accord implique une fixation des prix et entre donc dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, bien que l'on ne puisse pas considérer que les parties à l'accord disposent d'un pouvoir de marché. Toutefois, l'intégration des activités de marketing et de distribution semble permettre des gains d'efficience importants, qui profiteront aux clients tant en termes d'amélioration du service que de baisse des coûts. La question qui se pose est donc de savoir si cet accord peut être exempté en vertu de l'article 81, paragraphe 3. Afin de répondre à cette question, il convient d'établir si la fixation des prix est objectivement nécessaire pour permettre l'intégration des autres fonctions de commercialisation et l'obtention des avantages économiques. Dans ce cas précis, la fixation des prix peut être considérée comme indispensable, dans la mesure où les clients - c'est-à-dire de grandes chaînes de vente au détail - ne souhaitent pas avoir affaire à une multitude de prix. Elle est également indispensable dans la mesure où l'objectif recherché, c'est-à-dire une marque commune, ne peut réellement être atteint que si tous les aspects de la commercialisation, y compris les prix, sont normalisés. Les parties ne possédant pas de pouvoir de marché et l'accord générant des gains d'efficience importants, celui-ci peut être considéré comme compatible avec l'article 81.
157. Exemple 2
Situation: Deux producteurs de roulements à billes, possédant chacun une part de marché de 5 %, créent une entreprise commune de vente afin de commercialiser leurs produits, de fixer les prix et de passer les commandes aux sociétés mères. Ils conservent le droit de vendre en dehors de cette structure. Les clients continuent à être livrés directement par les installations de production des sociétés mères. Les producteurs prétendent que cela permettra des gains d'efficience, dans la mesure où la force de vente commune peut présenter les produits des parties en même temps aux mêmes clients, éliminant ainsi des doubles emplois coûteux en matière d'efforts de vente. En outre, l'entreprise commune devra, dans la mesure du possible, attribuer les commandes aux installations de production les plus proches, ce qui permettra de réduire les coûts de transport.
Analyse: Cet accord implique une fixation des prix et entre donc dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, bien que l'on ne puisse pas considérer que les parties à l'accord possèdent un pouvoir de marché. Il ne peut pas bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, dans la mesure où les gains d'efficience allégués ne sont que des réductions de coûts consécutives à l'élimination de la concurrence entre les parties.
158. Exemple 3
Situation: Deux producteurs de boissons non alcoolisées opèrent dans deux États membres voisins. Tous deux possèdent une part de 20 % sur leur marché national. Ils conviennent de distribuer chacun les produits de l'autre sur leurs marchés géographiques respectifs.
Les deux marchés sont dominés par un grand producteur multinational de boissons non alcoolisées, qui possède une part de 50 % sur chacun des marchés.
Analyse: L'accord entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, si les parties sont présumées être des concurrents potentiels. Pour le déterminer, il faut

analyser les barrières à l'entrée sur les marchés géographiques respectifs. Si les parties peuvent pénétrer chacune de façon indépendante sur le marché de l'autre, alors l'accord qu'elles ont conclu éliminera la concurrence entre elles. Toutefois, même si les parts de marché détenues par les parties indiquent qu'elles pourraient posséder un certain pouvoir de marché, une analyse de la structure du marché montre que ce n'est pas le cas. En outre, l'accord de distribution réciproque profite aux consommateurs, dans la mesure où il augmente le choix de produits disponible sur chacun des marchés géographiques. Il pourrait donc bénéficier d'une exemption, même si l'on considérait qu'il restreint la concurrence.

6. ACCORDS DE NORMALISATION

6.1. Définition

159. Les accords de normalisation ont pour objectif premier la définition d'exigences techniques ou d'exigences de qualité auxquelles des produits, processus ou méthodes de production actuels ou futurs peuvent répondre(47). Ces accords peuvent avoir différents objectifs, tels que la normalisation de différentes qualités ou tailles d'un produit donné ou des spécifications techniques propres à des marchés où la compatibilité et l'interopérabilité avec d'autres produits ou systèmes sont essentielles. Les conditions d'accès à un label de qualité particulier ou les conditions d'agrément par un organisme de contrôle peuvent également être considérées comme des normes.

160. Les normes liées à la prestation de services professionnels, comme les règles d'accès à une profession libérale, ne sont pas couvertes par les présentes lignes directrices.

6.2. Marchés en cause

161. Les accords de normalisation peuvent avoir des répercussions sur trois marchés, qui seront définis conformément à la communication de la Commission sur la définition du marché en cause. Il s'agit tout d'abord des marchés de produits auxquels les normes s'appliquent. Des normes relatives à des produits entièrement nouveaux peuvent poser, en ce qui concerne la définition des marchés, des problèmes semblables à ceux que soulèvent les accords de recherche et développement (voir point 2.2). Il y a ensuite le marché des activités normatives, s'il existe des organismes ou des accords de normalisation différents, et enfin, le cas échéant, le marché distinct des essais et de la certification.

6.3. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1

162. Les accords de normalisation(48) peuvent être conclus entre des entreprises privées, ou sous l'égide d'organismes publics ou d'organismes chargés de la gestion de services d'intérêt économique général, comme c'est le cas des organismes de normalisation reconnus en vertu de la directive 98/34/CE(49). L'action de ce type d'organismes est soumise aux obligations des États membres concernant le maintien d'une concurrence non faussée dans la Communauté.

6.3.1. Nature de l'accord

6.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

163. Lorsque la participation à la détermination de normes est transparente et non assortie de restrictions, les accords de normalisation répondant à la définition ci-dessus qui n'imposent aucune obligation de respect de la norme concernée ou qui font partie intégrante d'un accord plus large destiné à garantir la compatibilité des produits, ne restreignent pas la concurrence. Tel est normalement le cas pour les normes adoptées par des organismes de normalisation reconnus selon des procédures non discriminatoires, ouvertes et transparentes.

164. Les normes qui ne couvrent qu'une partie négligeable du marché en cause ne restreignent pas sensiblement la concurrence, tant que la situation n'évolue pas. Cela

est également le cas pour les accords réunissant des PME en vue de normaliser des formulaires ou conditions de participation à des offres groupées ou ceux qui normalisent des aspects tels que des caractéristiques de produit mineures, des formulaires et des rapports, ayant des effets minimes sur les principaux facteurs affectant la concurrence sur les marchés en cause.

6.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

165. Les accords qui ont recours à une norme parmi d'autres moyens utilisés dans le cadre d'un accord restrictif plus large, dont le but est d'évincer des concurrents réels ou potentiels, entreront presque toujours dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. Un accord grâce auquel une association nationale de fabricants fixerait une norme et exercerait des pressions sur des tiers pour qu'ils ne commercialisent pas de produits ne répondant pas à cette norme relèverait, par exemple, de cette catégorie.

6.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

166. Les accords de normalisation peuvent relever de l'article 81, paragraphe 1, s'ils accordent aux parties un contrôle conjoint sur la production ou sur l'innovation, limitant ainsi leurs possibilités de se faire concurrence à partir des caractéristiques des produits, tout en se répercutant sur des tiers, tels que les fournisseurs ou les acheteurs des produits normalisés. L'appréciation de chaque accord devra tenir compte de la nature de la norme et de ses effets probables sur les marchés concernés, d'une part, et des restrictions possibles allant au-delà de l'objectif premier de la normalisation, tel qu'il est défini ci-dessus, d'autre part.

167. Le fait que des accords de normalisation restreignent ou non la concurrence dépend de la mesure dans laquelle les parties restent libres de développer d'autres normes ou d'autres produits ne respectant pas la norme faisant l'objet de l'accord. Des accords de normalisation peuvent restreindre la concurrence lorsqu'ils empêchent les parties de développer d'autres normes ou de commercialiser des produits ne respectant pas la norme concernée. Les accords qui confèrent à certains organismes le droit exclusif de procéder à des tests de conformité avec la norme vont au-delà de l'objectif premier à l'origine de la définition de la norme et peuvent également restreindre la concurrence. Les accords qui imposent des restrictions sur le marquage de conformité aux normes, sauf lorsque ces restrictions sont prévues par des dispositions réglementaires, peuvent également restreindre la concurrence.

6.3.2. Pouvoir de marché et structure des marchés

168. Le fait que les parties détiennent des parts élevées sur le ou les marchés en cause ne constitue pas nécessairement un problème dans le cas des accords de normalisation. Leur efficacité est souvent proportionnelle à la partie du secteur qui détermine ou applique la norme. Toutefois, des normes qui ne sont pas accessibles à des tiers peuvent engendrer des discriminations envers ceux-ci ou envers certains segments de marché ou encore leur en fermer l'accès, en fonction de leur champ d'application géographique. C'est donc la mesure dans laquelle ces barrières à l'entrée sont susceptibles ou non d'être surmontées qui constituera le critère déterminant pour apprécier si un accord restreint la concurrence. Cette appréciation devra nécessairement se faire au cas par cas.

6.4. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3

6.4.1. Avantages économiques

169. La Commission se montre généralement favorable aux accords qui favorisent l'interpénétration économique dans le marché commun ou qui encouragent le développement de nouveaux marchés et l'amélioration des conditions de l'offre. Pour que ces avantages économiques soient effectifs, les informations nécessaires à l'application de la norme doivent être accessibles à tous ceux qui souhaitent pénétrer

sur le marché, et une part importante du secteur concerné doit être impliquée dans la détermination de la norme, d'une manière transparente. C'est aux parties qu'il incombera de prouver que toute restriction relative à la détermination, à l'utilisation ou à l'accès à la norme apporte des avantages économiques.

170. Afin d'apporter des avantages techniques ou économiques, une norme ne doit pas limiter l'innovation. Cela dépend essentiellement de la durée de vie des produits concernés par la norme, en relation avec le stade de développement du marché (en croissance rapide, en croissance, en stagnation, ...). Les effets sur l'innovation doivent être analysés au cas par cas. Si une nouvelle norme est susceptible de conduire à une obsolescence rapide des produits existants, sans apporter d'avantages supplémentaires objectifs, les parties peuvent aussi avoir à prouver que la normalisation collective apportera des gains d'efficience profitables au consommateur.

6.4.2. Caractère indispensable

171. De par leur nature, les normes n'incluent pas toutes les spécifications ou technologies possibles. Dans certains cas, il est nécessaire de ne disposer que d'une seule solution technique, dans l'intérêt des consommateurs ou de l'économie dans son ensemble. Une telle norme doit cependant être définie sur une base non discriminatoire. L'idéal serait que les normes soient neutres sur le plan technologique. Quoi qu'il en soit, il faut pouvoir justifier le choix d'une norme de préférence à une autre.

172. Tous les concurrents opérant sur le ou les marchés touchés par la norme devraient avoir la possibilité de participer aux discussions. C'est pourquoi, la participation à la définition d'une norme doit être ouverte à tous, à moins que les parties ne puissent prouver qu'une telle participation aurait des répercutions négatives importantes ou que des procédures reconnues soient prévues pour la représentation d'intérêts collectifs, comme dans le cadre des organismes de normalisation officiels.

173. D'une manière générale, il faudrait opérer une distinction claire entre, d'une part, la définition d'une norme et, le cas échéant, les activités de recherche et de développement qui y sont liées, et, d'autre part, l'exploitation commerciale de cette norme. Les accords de normalisation ne devraient couvrir que les éléments strictement nécessaires à la réalisation de leurs objectifs, que ce soit la compatibilité technique ou un certain niveau de qualité. Il faudrait par exemple prouver très clairement pourquoi il est indispensable, pour obtenir les avantages économiques escomptés, qu'un accord visant à imposer une norme dans un secteur où seul un autre concurrent propose une solution équivalente oblige les parties concernées à boycotter cette autre solution.

6.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

174. Il y aura manifestement un moment à partir duquel une norme privée élaborée par un groupe d'entreprises détenant conjointement une position dominante aura toutes les chances de devenir une norme industrielle de fait. La principale préoccupation sera alors de garantir que cette norme soit aussi ouverte que possible et appliquée d'une manière strictement non discriminatoire. Afin d'éviter toute élimination de la concurrence sur le ou les marchés en cause, la norme doit être accessible aux tiers, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

175. Si des organismes ou des groupes d'entreprises privés définissent une norme ou si leur technologie propriétaire devient une norme de fait, la concurrence sera éliminée si cette norme n'est pas accessible à des tiers.

6.5. Exemples

176. Exemple 1

Situation: La norme EN 60603-7:1993 définit les exigences en matière de connexion

des téléviseurs aux accessoires vidéo, comme les magnétoscopes ou les équipements de jeux vidéo. Même si cette norme n'est pas juridiquement contraignante, en pratique, les fabricants de téléviseurs et les fabricants de jeux vidéo s'y conforment, parce que c'est le marché qui l'exige.
Analyse: Il n'y a pas infraction à l'article 81, paragraphe 1. La norme a été adoptée par des organismes de normalisation - nationaux, européens et internationaux - reconnus, dans le cadre de procédures ouvertes et transparentes, et repose sur un consensus national qui reflète la position des fabricants et des consommateurs. Tous les fabricants sont autorisés à utiliser cette norme.
177. Exemple 2
Situation: Plusieurs fabricants de cassettes vidéo conviennent de définir un label de qualité ou une norme prouvant que leurs cassettes vidéo répondent à certaines spécifications techniques minimales. Les fabricants sont libres de produire des cassettes ne répondant pas à cette norme, et celle-ci est librement accessible à d'autres fabricants.
Analyse: Sous réserve que l'accord ne restreigne pas la concurrence à d'autres égards, il n'y aura pas infraction à l'article 81, paragraphe 1, dans la mesure où la participation à la définition de la norme est transparente et illimitée et où l'accord de normalisation n'impose pas une obligation de respect de la norme. Si les parties s'étaient mises d'accord pour ne produire que des cassettes vidéo conformes à cette nouvelle norme, l'accord aurait limité le développement technologique et empêché les parties de vendre des produits différents, ce qui serait contraire aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1.
178. Exemple 3
Situation: Un groupe de concurrents opérant sur différents marchés qui ont des liens d'interdépendance, avec des produits qui doivent être compatibles, et détenant plus de 80 % des marchés en cause, conviennent de développer ensemble une nouvelle norme qui sera introduite en concurrence avec d'autres normes déjà en place et largement appliquées par leurs concurrents. Les différents produits conformes à la nouvelle norme ne seront pas compatibles avec les normes existantes. En raison des lourds investissements nécessaires pour modifier la production et la rendre conforme à la nouvelle norme, les parties conviennent de réserver un certain volume de ventes aux produits respectant la nouvelle norme, de façon à introduire une "masse critique" sur le marché. Elles conviennent également de limiter leur production individuelle de produits non conformes à la norme au niveau atteint l'année précédente.
Analyse: Compte tenu du pouvoir de marché des parties et des limitations de production prévues, cet accord entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, mais ne remplit pas les conditions définies au paragraphe 3, à moins que les autres fournisseurs souhaitant entrer en concurrence avec les parties ne puissent accéder aux informations techniques nécessaires sur une base non discriminatoire et à des conditions raisonnables.
7. ACCORDS ENVIRONNEMENTAUX
7.1. Définition
179. Les accords environnementaux(50) sont des accords aux termes desquels les parties s'engagent à parvenir à une réduction de la pollution, conformément à la législation sur l'environnement ou aux objectifs fixés en matière d'environnement, notamment ceux figurant à l'article 174 du traité. C'est pourquoi l'objectif ou les mesures faisant l'objet de l'accord doivent être directement liés à la réduction d'un polluant ou d'un type de déchets identifiés comme tels dans la réglementation concernée(51). Cela exclut les accords entraînant une réduction de la pollution en

tant qu'effet connexe à d'autres mesures.
180. Les accords environnementaux peuvent définir des normes sur les performances écologiques de certains produits (matières premières ou produits finis) ou processus de production(52). Il peut aussi y avoir des accords conclus à un même niveau du commerce, par lesquels les parties conviennent d'atteindre toutes un objectif environnemental tel que le recyclage de certains matériaux, la réduction d'émissions ou l'amélioration de l'efficacité énergétique.
181. Certains États membres ont mis sur pied des projets portant sur des secteurs entiers, afin de se conformer aux obligations en matière de récupération ou de recyclage. Ces projets comprennent généralement un ensemble d'accords complexes, dont certains sont horizontaux et d'autres verticaux. Lorsque de tels accords contiennent des restrictions verticales, ils ne relèvent pas des présentes lignes directrices.
7.2. Marchés en cause
182. Les effets doivent être appréciés sur les marchés concernés par l'accord, qui seront définis conformément à la communication sur la définition du marché en cause. Lorsque le polluant n'est pas en soi un produit, le marché en cause comprend celui du produit auquel le polluant est incorporé. En ce qui concerne les accords portant sur la collecte et le recyclage, il faudra apprécier également, outre leurs effets sur le ou les marchés sur lesquels les parties opèrent en tant que producteurs ou distributeurs, les effets sur le marché des services de collecte couvrant potentiellement le produit en question.
7.3. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 1
183. Certains accords environnementaux peuvent être favorisés ou imposés par les pouvoirs publics dans l'exercice de leurs prérogatives. Les présentes lignes directrices ne traitent pas de la question de la conformité de telles interventions des États membres avec les obligations leur incombant en vertu du traité CE. Elles ne concernent que l'appréciation qui doit être faite pour établir la compatibilité de l'accord avec l'article 81.
7.3.1. Nature de l'accord
7.3.1.1. Accords ne tombant pas sous le coup de l'article 81, paragraphe 1
184. Certains accords environnementaux ne sont pas susceptibles de relever de l'interdiction définie à l'article 81, paragraphe 1, quelle que soit la part de marché cumulée détenue par les parties.
185. Cela peut être le cas lorsqu'aucune obligation individuelle précise n'est imposée aux parties ou lorsqu'elles ne sont engagées que de façon peu contraignante à la réalisation d'un objectif environnemental fixé pour l'ensemble d'un secteur. Dans ce dernier cas, l'appréciation s'attachera à déterminer la latitude laissée aux parties quant aux moyens techniquement et économiquement disponibles pour atteindre l'objectif environnemental fixé. Plus ces moyens sont divers, moins les effets restrictifs potentiels seront importants.
186. De même, les accords définissant les performances écologiques de produits ou processus qui n'affectent pas sensiblement la diversité des produits et de la production sur le marché en cause, ou qui n'influent que faiblement sur les décisions d'achat, ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1. Lorsque certaines catégories d'un produit donné sont éliminées, immédiatement ou progressivement, du marché, on considère que cela n'entraîne pas de restrictions importantes, à condition que ces catégories ne représentent qu'une faible part du marché géographique en cause ou, si celui-ci s'étend à l'ensemble de la Communauté, du marché de chaque État membre.
187. Enfin, les accords qui entraînent une véritable création de marché, comme par

exemple les accords de recyclage, ne restreignent généralement pas la concurrence, pour autant et aussi longtemps que les parties ne sont pas en mesure de mener les activités concernées isolément, alors qu'il n'existe aucune autre solution possible ou aucun autre concurrent.

7.3.1.2. Accords tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

188. Les accords environnementaux entrent dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, de par leur nature même, si la coopération ne porte pas réellement sur des objectifs environnementaux, mais sert à créer une entente déguisée, c'està-dire à mettre en oeuvre des pratiques qui seraient normalement interdites, telles que la fixation des prix, la limitation de ia production ou la répartition des marchés, ou encore si la coopération sert d'instrument dans le cadre d'un accord restrictif plus large visant à évincer du marché des concurrents existants ou à dissuader des concurrents potentiels d'y pénétrer.

7.3.1.3. Accords susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1

189. Les accords environnementaux qui couvrent une grande partie d'un secteur, que ce soit au niveau national ou communautaire, sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'ils restreignent sensiblement la capacité des parties à définir les caractéristiques de leurs produits ou la façon dont elles les produisent, ce qui leur permet d'influer sur leur production ou leurs ventes respectives. Outre les restrictions qu'il impose aux parties, un accord environnemental peut également réduire, ou affecter sensiblement, la production de tiers, qu'ils soient fournisseurs ou acheteurs.

190. Les accords environnementaux susceptibles d'éliminer progressivement ou d'affecter sensiblement une part importante des ventes des parties en ce qui concerne leurs produits ou processus de production, peuvent par exemple entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsque les parties détiennent une part de marché importante. Ceci vaut également pour les accords aux termes desquels les parties attribuent des quotas individuels de pollution.

191. De même, les accords par lesquels les parties détenant des parts de marché importantes dans une partie substantielle du marché commun désignent une entreprise en tant que prestataire exclusif de services de collecte ou de recyclage pour leurs produits peuvent également sensiblement restreindre la concurrence, s'il existe des prestataires réels ou potentiels, selon une hypothèse réaliste, pour ces mêmes services.

7.4. Appréciation au regard de l'article 81, paragraphe 3

7.4.1. Avantages économiques

192. La Commission est favorable au recours à des accords environnementaux comme instrument de réalisation des objectifs défnis à l'article 2 et à l'article 174 du traité, ainsi que dans les programmes d'action communautaires en matière d'environnement(53), à condition que ces accords soient compatibles avec les règles de concurrence(54).

193. Les accords environnementaux relevant de l'article 81, paragraphe 1, peuvent apporter des avantages économiques qui, soit au niveau du consommateur individuel soit à celui de la société dans son ensemble, contrebalancent leurs effets négatifs sur la concurrence. Afin que cette condition soit remplie, il doit y avoir des avantages nets en termes de réduction de la pression sur l'environnement du fait de l'application de l'accord et par rapport à une situation où rien ne serait entrepris. En d'autres termes, les avantages économiques escomptés doivent contrebalancer les coûts(55).

194. Ces coûts comprennent notamment les effets d'une réduction de la concurrence, ainsi que les coûts de mise en conformité pour les opérateurs économiques et/ou les

effets sur les tiers. Les avantages peuvent être appréciés en deux étapes. Lorsque les consommateurs obtiennent individuellement des retombées positives de l'accord, dans des délais raisonnables, il n'est pas nécessaire que les avantages environnementaux globaux soient matériellement établis. Si ce n'est pas le cas, une analyse coûts-avantages peut s'avérer nécessaire pour déterminer si des avantages nets pour les consommateurs en général peuvent raisonnablement être escomptés.

7.4.2. Caractère indispensable

195. Plus l'efficience économique d'un accord environnemental est objectivement prouvée, plus chacune de ses dispositions peut être jugée indispensable à la réalisation de l'objectif environnemental dans son contexte économique.

196. Une évaluation objective de dispositions qui pourraient, à première vue, ne pas être jugées indispensables, devra être étayée par une analyse coûts-efficacité montrant que les autres moyens permettant d'obtenir les avantages environnementaux escomptés seraient plus coûteux, économiquement ou financièrement, sur la base d'hypothèses raisonnables. Il serait, par exemple, nécessaire de démontrer avec toute la clarté voulue qu'une redevance uniforme, facturée sans tenir compter des coûts individuels de collecte des déchets, est indispensable au fonctionnement d'un système de collecte appliqué à l'ensemble d'un secteur.

7.4.3. Absence d'élimination de la concurrence

197. Quels que soient les avantages environnementaux et économiques et la nécessité des dispositions prévues, l'accord ne doit pas éliminer la concurrence en termes de différenciation des produits ou processus, d'innovation technologique ou d'entrée sur le marché à court ou, le cas échéant, à moyen terme. Par exemple, dans le cas de droits de collecte exclusifs accordés à une entreprise de collecte/recyclage ayant des concurrents potentiels, la durée pour laquelle les droits sont accordés devra tenir compte de l'arrivée éventuelle d'un autre opérateur.

7.5. Exemples

198. Exemple

Situation: La quasi-totalité des producteurs et des importateurs communautaires d'un appareil électroménager donné (par exemple, des machines à laver) conviennent, avec le soutien d'un organisme public, de ne plus fabriquer ni importer dans l'Union européenne de produits ne remplissant pas certains critères dans le domaine de l'environnement (tels que le rendement énergétique). Ensemble, les parties détiennent 90 % du marché communautaire. Les produits qui seront donc progressivement éliminés du marché représentent une part non négligeable des ventes totales. Ils seront remplacés par des produits plus écologiques, mais plus chers. En outre, l'accord réduit indirectement la production des tiers (par exemple, les compagnies d'électricité, les fournisseurs de composants intégrés dans les produits à éliminer).

Analyse: Cet accord confère aux parties le contrôle de leur production et de leurs importations respectives et affecte une partie notable de leurs ventes et de leur production totale, tout en réduisant la production des tiers. Il restreint le choix offert aux consommateurs, qui est guidé en partie par les caractéristiques du produit sous l'angle de ses effets sur l'environnement, et entraînera probablement une augmentation des prix. L'accord tombe par conséquent sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. L'engagement de l'organisme public est indifférent pour l'appréciation de cet accord.

Cependant, les produits plus récents sont techniquement plus avancés et, en réduisant l'effet nocif sur l'environnement indirectement visé par cette mesure (émissions résultant de la production d'électricité), ils ne vont pas inévitablement créer ni aggraver d'autres problèmes pour l'environnement (par exemple, consommation

d'eau, utilisation de détergents). La contribution nette à une meilleure protection de l'environnement dans son ensemble compense l'augmentation des coûts. En outre, les acheteurs des produits plus chers récupéreront rapidement ce supplément de coût dans la mesure où les produits plus écologiques font baisser les coûts d'exploitation. Avec les autres solutions envisageables à la place de cet accord, il est moins certain que les mêmes avantages nets puissent être obtenus avec une rentabilité équivalente. Les parties peuvent avoir accès à des moyens techniques variés et d'un coût raisonnable pour pouvoir fabriquer des produits qui présentent les caractéristiques écologiques convenues, et la concurrence continuera à jouer sur les autres caractéristiques de ces produits. Les conditions pour pouvoir bénéficier de l'exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3, sont donc réunies.

(1) JO L 53 du 22.2.1985, p. 1.
(2) JO L 306 du 11.11.1997, p. 12.
(3) JO L 53 du 22.2.1985, p. 5.
(4) JO L 304 du 5.12.2000, p. 3.
(5) JO L 304 du 5.12.2000, p. 7.
(6) JO C 75 du 29.7.1968, p. 3.
(7) JO C 43 du 16.2.1993, p. 2.
(8) Une entreprise est considérée comme un concurrent existant si elle est présente sur le même marché en cause ou si, en l'absence d'accord, elle est capable d'adapter sa production en vue de la fabrication des produits en cause et de les commercialiser à court terme sans supporter aucun coût ni risque supplémentaire élevé en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs (substituabilité directe du côté de l'offre). Le même raisonnement peut conduire au regroupement de différentes zones géographiques. En revanche, lorsque la substituabilité au niveau de l'offre contraint une entreprise à apporter d'importantes modifications à ses immobilisations corporelles et incorporelles existantes afin de les adapter, à réaliser de lourds investissements supplémentaires, à prendre des décisions stratégiques ou lui fait subir des retards importants, l'entreprise en question ne saurait être considérée comme un concurrent existant, mais comme un concurrent potentiel (voir ci-dessous). Voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, points 20 à 23).
(9) Une entreprise est considérée comme un concurrent potentiel si certains indices donnent à penser qu'en l'absence d'accord, elle pourrait et serait prête à consentir les investissements supplémentaires ou les autres coûts d'adaptation nécessaires pour pouvoir entrer sur le marché en cause, en réaction à une augmentation légère mais durable des prix relatifs. Cette appréciation doit se fonder sur une approche réaliste, la possibilité purement théorique d'une entrée sur le marché n'étant pas suffisante [voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (point 24); voir aussi le Treizième rapport de la Commission sur la politique de concurrence, point 55, ainsi que la décision 90/410/CEE de la Commission du 13.7.1990 dans l'affaire Elopak/Metal Box-Odin, JO L 209 du 8.8.1990, p. 15]. L'entrée sur le marché doit pouvoir s'effectuer suffisamment rapidement pour que la menace d'une entrée potentielle pèse sur le comportement des participants au marché. Normalement, cela signifie que l'entrée doit s'effectuer dans un délai court. Les lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 291 du 13.10.2000, p. 1) envisagent, au paragraphe 26, un délai maximum d'un an aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales. Dans certains cas, des délais plus longs peuvent

néanmoins être pris en considération. Le temps nécessaire aux sociétés déjà présentes sur le marché pour ajuster leurs capacités peut servir de critère pour déterminer ce délai.
(10) JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.
(11) JO C 291 du 13.10.2000, p. 1.
(12) La distinction entre accords horizontaux et accords verticaux sera examinée plus en détail dans les sections consacrées aux accords d'achat (section 4) et aux accords de commercialisation (section 5). Voir aussi les lignes directrices sur les restrictions verticales, paragraphes 26 et 29.
(13) JO L 395 du 30.12.1989, p. 1; version rectifiée: JO L 257 du 21.9.1990, p. 13.
(14) JO L 180 du 9.7.1997, p. 1; rectificatif: JO L 40 du 13.2.1998, p. 17.
(15) Règlement n° 26/62 du Conseil, JO 30 du 20.4.1962, p. 993/62 (agriculture).
règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil, JO L 175 du 23.7.1968, p. 1 (transports par chemin de fer, par route et par voie navigable);
règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil, JO L 378 du 31.12.1986, p. 4 (transports maritimes);
règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil, JO L 374 du 31.12.1987, p. 1 (transports aériens);
règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil, JO L 374 du 31.12.1987, p. 9 (transports aériens);
règlement (CEE) n° 1617/93 de la Commission, JO L 155 du 26.6.1993, p. 18 (exemption par catégorie concernant la planification conjointe et la coordination des horaires, l'exploitation de services en commun, les consultations tarifaires sur le transport de passagers et de fret sur les services aériens réguliers et la répartition des créneaux horaires dans les aéroports);
règlement (CEE) n° 479/92 du Conseil, JO L 55 du 29.2.1992, p. 3 (compagnies maritimes de ligne);
règlement (CEE) n° 870/95 de la Commission, JO L 89 du 21.4.1995, p. 7 (exemption par catégorie de certains accords entre compagnies maritimes de ligne);
règlement (CEE) n° 1534/91 du Conseil, JO L 143 du 7.6.1991, p. 1 (domaine des assurances);
règlement (CEE) n° 3932/92 de la Commission, JO L 398 du 31.12.1992, p. 7 (exemption par catégorie de certains accords dans le domaine des assurances).
(16) Voir la communication concernant les accords d'importance mineure, JO C 372 du 9.12.1997, p. 13.
(17) Des sociétés peuvent avoir un pouvoir de marché significatif sans atteindre le niveau de domination du marché, qui constitue le seuil pour l'application de l'article 82.
(18) Les entreprises communes de production font cependant exception à cette règle. Il est inhérent au fonctionnement d'une telle entreprise que les décisions concernant la production soient prises conjointement par les parties. Si l'entreprise commune commercialise aussi les biens fabriqués en commun, les décisions concernant les prix doivent être prises conjointement par les parties à un tel accord. Dans ce cas, l'insertion de dispositions concernant les prix ou la production ne fait pas automatiquement tomber l'accord sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. Les dispositions concernant les prix ou la production devront être appréciées conjointement avec les autres effets de l'entreprise commune sur le marché pour déterminer l'applicabilité de l'article 81, paragraphe 1 (voir paragraphe 90).
(19) Voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).

(20) Les parts de marché doivent en principe être calculées sur la base de la valeur des ventes réalisées sur le marché (voir l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D et l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation). Pour déterminer la part de marché d'une partie sur un marché donné, il faut tenir compte des entreprises qui sont liées aux parties (voir l'article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D et l'article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation).
(21) Si le nombre de parties est supérieur à deux, la part de marché collective de tous les concurrents participants doit être sensiblement plus élevée que la part individuelle du plus important d'entre eux.
(22) Un marché composé de quatre entreprises dont les parts de marché sont respectivement de 30 %, 25 %, 25 % et 20 % a un IHH de 2550 (900+625+625+400) avant la coopération. Si les deux premières entreprises du marché s'engagent dans une coopération, l'IHH passe à 4050 (3025+625+400) avec la coopération. Cet IHH résultant de la coopération est important pour l'appréciation des éventuels effets de ladite coopération sur le marché.
(23) Par exemple, le coefficient de concentration de trois entreprises C3 correspond à la somme des parts de marché des trois principaux concurrents en présence.
(24) Pour la définition des marchés, voir la communication de la Commission sur la définifion du marché en cause.
(25) Voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause; voir aussi, par exemple, la décision 94/811/CE de la Commission du 8.6.1994 dans l'affaire n° IV/M.269 - Shell/Montecatini, JO L 332 du 22.12.1994, p. 48.
(26) Article 4, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D.
(27) Article 4, paragraphe 1, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D.
(28) Article 7, point e), du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D.
(29) Article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie en faveur de la R& D.
(30) Une coopération en matière de recherche et de développement entre des entreprises non concurrentes peut néanmoins entraîner des effets de fermeture des marchés en vertu de l'article 81, paragraphe 1, si elle implique l'exploitation exclusive des résultats et si elle est conclue par des entreprises dont l'une a un pouvoir de marché important en liaison avec une technologie clé.
(31) En vertu de l'article 4, paragraphe 2, point 3, du règlement n° 17 du Conseil, les accords ayant pour seul objet la recherche et le développement en commun peuvent être notifiés à la Commission, sans que ce soit une obligation.
(32) Voir l'article 3, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur des accords de R& D.
(33) Voir l'article 3, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie en faveur des accords de R& D.
(34) Comme il est dit plus haut, les entreprises communes qui entrent dans le champ d'application du règlement sur les concentrations ne sont pas visées par les présentes lignes directrices. Les entreprises communes de plein exercice qui n'atteignent pas une dimension communautaire sont normalement traitées par les autorités de concurrence des États membres. L'application du règlement n° 17 ne se justifierait, en l'occurrence, que dans les cas où l'entreprise commune conduirait à une restriction de

concurrence résultant de la coordination des entreprises mères en dehors de l'entreprise commune (effet induit ou "spill-over"). À cet égard, la Commission a déclaré qu'elle laissera autant que possible aux États membres la compétence pour apprécier de telles opérations [Voir les déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil concernant le règlement (CE) n° 1310/97, point 4].
(35) Article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales.
(36) Article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales. Voir aussi les lignes directrices sur les restrictions verticales, dont le point 33 précise que les accords de sous-traitance entre entreprises non concurrentes dans le cadre desquels l'acheteur ne fournit au fournisseur que des spécifications décrivant les biens ou les services à fournir sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie relatif aux restrictions verticales.
(37) Si un accord de sous-traitance entre concurrents dispose que le "donneur d'ordre" cesse de fabriquer le produit contractuel, il constitue un accord de spécialisation unilatérale qui est couvert, sous certaines conditions, par le règlement d'exemption par catégorie en faveur de la spécialisation.
(38) Communication concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE (JO C 1 du 3.1.1979, p. 2).
(39) C'est ce que prévoit aussi l'article 2, paragraphe 4, du règlement sur les concentrations.
(40) Comme tout contrat de sous-traitance, un tel accord peut néanmoins tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, s'il contient des restrictions verticales, telles que des restrictions des ventes passives, des prix de vente imposés, etc.
(41) Une entreprise commune de production qui assure également la distribution commune est néanmoins, le plus souvent, une entreprise commune de plein exercice.
(42) En vertu de l'article 4, paragraphe 2, point 3, du règlement n° 17 du Conseil, les accords ayant pour seul objet la spécialisation dans la fabrication de produits peuvent, sous certaines conditions, être notifiés à la Commission, sans que ce soit une obligation.
(43) Voir les lignes directrices sur les restrictions verticales, paragraphe 29.
(44) Article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales.
(45) Article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie concernant les restrictions verticales.
(46) Les échanges d'informations sensibles et détaillées sur un marché oligopolistique peuvent relever de l'article 81, paragraphe 1. Les arrêts rendus le 28.5.1998 dans les affaires "Tracteurs" (C-8/958 P: New Holland Ford et C-7/95 P: John Deere) et le 11.3.1999 dans les affaires "Poutrelles d'acier" (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 et T-157/94) apportent des éclaircissements utiles à cet égard.
(47) La normalisation peut revêtir diverses formes, depuis l'adoption, par les organismes de normalisation européens ou nationaux reconnus, de normes reposant sur un consensus national, en passant par des consortiums ou d'autres cadres, jusqu'aux accords entre entreprises. Même si le droit communautaire donne une définition étroite des normes, les présentes lignes directrices qualifient de normes tous les accords tels qu'ils sont définis dans le présent paragraphe.
(48) En vertu de l'article 4, paragraphe 2, point 3, du règlement n° 17 du Conseil, les accords ayant pour seul objet l'élaboration ou l'application uniforme de normes et de

types peuvent être notifiés à la Commission, sans que ce soit une obligation.
(49) Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22.6.1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 204 du 21.7.1998, p. 37).
(50) Le terme "accord" est utilisé dans le sens défini par la Cour de justice et le Tribunal de première instance dans la jurisprudence concernant l'article 81. Il ne correspond pas nécessairement à la définition de "l'accord" donnée par la Commission dans des documents sur les questions d'environnement, comme la communication concernant les accords dans le domaine de l'environnement (COM(96) 561 final du 27.11.1996).
(51) Un accord national portant sur l'élimination progressive d'un polluant ou d'un déchet identifiés comme tels dans les directives communautaires concernées peut, par exemple, ne pas être assimilé à un boycott collectif d'un produit circulant librement dans la Communauté.
(52) Lorsque des accords environnementaux peuvent être assimilés à des accords de normalisation, ce sont alors les principes d'appréciation énoncés pour ces derniers qui sont d'application.
(53) Cinquième programme d'action communautaire en matière d'environnement (JO C 138 du 17.5.1993, p. 1) et décision n° 2179/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 (JO L 275 du 10.10.1998, p. 1).
(54) Communication de la Commission concernant les accords dans le domaine de l'environnement, COM(96) 561 final du 27.11.1996, points 27-29 et article 3, paragraphe 1, de la décision du Parlement européen et du Conseil mentionnée ci-dessus. La communication comprend une "liste récapitulative concernant les accords" dans le domaine de l'environnement qui reprend les éléments devant généralement figurer dans un accord de ce type.
(55) Cela est conforme à l'obligation de tenir compte des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action, définie à l'article 174, paragraphe 3, du traité et à l'article 7, point d), de la décision du Parlement européen et du Conseil mentionnée ci-dessus.

Géré par l'EU

COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 28.04.1999

LIVRE BLANC SUR LA MODERNISATION DES REGLES D'APPLICATION DES ARTICLES 85 ET 86 DU TRAITE CE

PROGRAMME DE LA COMMISSION N°99/027

LIVRE BLANC SUR LA MODERNISATION DES REGLES D'APPLICATION DES ARTICLES 85 ET 86 DU TRAITE CE

Résumé 4

Introduction 7

Chapitre I - Historique 10

I. **La mise en place d'un système communautaire de contrôle des ententes** 10

II. **Le développement du rôle de la Commission** 12

III. **Les adaptations et leurs limites** 13

A. La réduction des notifications individuelles 14

B. L'accélération du traitement des demandes d'autorisation 17

C. L'encouragement du traitement décentralisé des plaintes 18

Chapitre II - Une réforme nécessaire 21

I. **Les objectifs** 21

A. Assurer l'efficacité du contrôle 21

1. Recentrer l'application de l'article 85 par la Commission 21

2. Décentraliser l'application des règles de concurrence 22

B. Simplifier le contrôle administratif 23

1. Absence de nécessité d'un régime d'autorisation 23

2. Alléger les contraintes pesant sur les entreprises tout en leur assurant un niveau suffisant de sécurité juridique 24

II. **Les options** 24

A. L'amélioration du système d'autorisation 25

1. L'interpréta tion de l'article 85 25

2. La décentralisation de l'application de l'article 85§3 26

3. L'élargissement du champ d'application de l'article 4§2 du règlement n°17 28

4. L'allégement des procédures 28

B. Le passage à un système d'exception légale 29

Chapitre III- La modernisation des règles de concurrence 32

I. **La suppression du régime d'autorisation et de notification** 32

II. **L'application décentralisée des règles de concurrence** 34

A. Une nouvelle répartition des compétences 34

1. La détermination de la politique de concurrence par la Commission 34

2. Le renforcement du rôle des autorités nationales dans l'application des règles de concurrence 36

3. Le renforcement du rôle des juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence 38

B. Application cohérente et uniforme des règles de concurrence 38

1. Risque de conflits et principes de solution 38

2. Mécanismes d'information et de coopération 40

III. **Le renforcement du contrôle a posteriori** 42

A. Le renforcement des moyens d'investigation 42

B. L'im portance accrue des plaintes dans le nouveau système 44

C. Les sanctions 46

IV. **Transition vers le régime d'exception légale** 47

V. **Règles sectorielles** 47

Conclusion..... .... *51*

Résumé

1. Dans le domaine du droit de la concurrence applicable aux entreprises, le traité CE énonce des principes généraux applicables aux accords restrictifs et aux pratiques concertées (article 85) ainsi qu'aux abus de position dominante (article 86). Le Traité confère au Conseil le pouvoir d'arrêter toutes les mesures utiles en vue de l'application de ces dispositions (article 87).

2. En 1962, le Conseil a arrêté le règlement n°17, premier règlement d'application des articles 85 et 86. C'est ce règlement qui a établi le système de contrôle et les procédures de mise en application que la Commission a appliqués pendant plus de 35 ans, sans qu'y soit apportée de modification substantielle.

3. Le règlement n° 17 a créé un système fondé sur l'applicabilité directe du principe d'interdiction énoncé à l'article 85, paragraphe 1, et la notification préalable des accords en vue de l'octroi de l'exemption prévue à l'article 85, paragraphe 3. Si la Commission, les juridictions nationales et les autorités nationales peuvent toutes appliquer l'article 85, paragraphe 1, seule la Commission est habilitée à accorder des exemptions en vertu de l'article 85, paragraphe 3. Le règlement n° 17 a donc établi un système d'autorisation centralisé pour tous les accords nécessitant une exemption.

4. Ce système d'autorisation centralisé était nécessaire et s'est révélé très efficace pour l'établissement d'une "culture de la concurrence" en Europe. Il ne faut pas perdre de vue que, dans les premiers temps, la politique de concurrence était peu connue dans de nombreuses parties de la Communauté. À une époque où l'interprétation de l'article 85, paragraphe 3, était encore incertaine et où la Commission avait pour principal objectif l'intégration des marchés nationaux, la mise en application centralisée des règles de concurrence par la Commission était le seul système approprié. Il a permis à la Commission d'instaurer l'application uniforme de l'article 85 dans l'ensemble de la Communauté et de promouvoir l'intégration des marchés en empêchant les entreprises de recréer les barrières que les Etats membres eux-mêmes avaient progressivement éliminées. Il a aussi permis le développement d'un corpus de règles dont tous les Etats membres et les entreprises reconnaissent maintenant qu'il est fondamental pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. L'importance que revêt désormais la politique de concurrence est confirmée par le fait que chaque Etat membre dispose maintenant d'une autorité nationale de la concurrence pour mettre en application à la fois le droit national et (lorsqu'elle est habilitée à le faire) le droit communautaire de la concurrence.

5. Aussi bien qu'il ait pu fonctionner dans le passé, ce système n'est cependant plus adapté à la Communauté d'aujourd'hui, avec ses 15 Etats membres, 11 langues et plus de 350 millions d'habitants. Les raisons de cette inadaptation tiennent au système instauré par le règlement n°17 lui-même et à des facteurs extérieurs liés au développement de la Communauté.

6. Pour ce qui est des raisons inhérentes au régime instauré par le règlement n° 17, le système d'autorisation centralisé basé sur la notification préalable et le monopole de la Commission pour l'octroi d'exemptions a conduit les sociétés à notifier une multitude d'accords à Bruxelles. Etant donné que les autorités de

concurrence et les juridictions nationales n'ont pas le pouvoir d'appliquer l'article 85, paragraphe 3, les sociétés ont utilisé ce système d'autorisation centralisé non seulement pour obtenir la sécurité juridique, mais aussi pour faire obstacle aux actions engagées devant les juridictions et les autorités de concurrence nationales. Cela a miné les efforts tendant à promouvoir une application décentralisée des règles de concurrence de la Communauté. La mise en application rigoureuse du droit de la concurrence en a pâti et les efforts de décentralisation de la mise en œuvre de la législation communautaire ont été contrariés. Dans un marché communautaire de plus en plus intégré, ce défaut d'application rigoureuse et de mise en œuvre d'un ensemble commun de règles nuit aux intérêts des entreprises européennes.

7. Le développement de la Communauté depuis 1962 a été extraordinaire La Communauté des six est devenue une Union de quinze Etats membres, appelée à s'agrandir encore avec l'adhésion des pays candidats. Le marché intérieur, avec toutes ses imperfections, est une réalité et l'Union économique et monétaire est en marche.

8. Le rôle de la Commission dans ce nouvel environnement a changé. Au début, son activité était centrée sur l'établissement de règles concernant des accords en contradiction directe avec l'objectif d'intégration du marché. Maintenant que le droit et la politique ont été clarifiés, la responsabilité de la mise en application peut être partagée plus équitablement avec les juridictions et les autorités nationales, qui ont l'avantage d'être plus proches des citoyens et des problèmes qu'elles ont à traiter. La Commission se consacre désormais surtout à garantir une concurrence effective en détectant et en démantelant les cartels transfrontaliers et en maintenant des structures de marché concurrentielles. Elle s'emploie également à relever les défis que sont le contrôle des concentrations, la libéralisation de marchés jusque là monopolisés et la coopération internationale.

9. La Commission ne peut faire face à toutes ces évolutions qu'en focalisant son attention sur les affaires les plus importantes et sur les domaines d'activité où elle peut agir plus efficacement que les organes nationaux. Elle a déjà adopté à cet effet plusieurs mesures telles que la communication "de minimis" concernant les accords d'importance mineure et les règlements d'exemption par catégorie.

10. Ces mesures ne suffisent cependant pas pour relever les nouveaux défis évoqués ci-dessus. Il n'est plus possible de maintenir un système de mise en application centralisé nécessitant une décision de la Commission pour des accords restrictifs qui remplissent les conditions d'applicabilité de l'article 85, paragraphe 3. La mise en œuvre d'un système d'autorisation de cette nature dans la Communauté d'aujourd'hui et celle de demain nécessiterait des ressources énormes et imposerait des coûts élevés aux entreprises. Il est essentiel d'adapter le système de manière à soulager les entreprises des formalités administratives excessives, à permettre à la Commission de faire porter davantage son action sur la lutte contre les infractions graves aux règles de concurrence et à développer et stimuler les activités de mise en application au niveau national. Notre Communauté a besoin d'un système de contrôle plus efficace et plus simple.

11. Dans le livre blanc, la Commission examine plusieurs possibilités de réforme. Elle propose un système qui répond aux objectifs de mise en application rigoureuse du droit de la concurrence, de décentralisation effective, de

simplification des procédures et d'application uniforme du droit et de la politique dans l'ensemble de l'Union européenne.

12. La réforme proposée implique la suppression du système de notification et d'exemption et son remplacement par un règlement du Conseil qui rendrait la règle d'exemption prévue à l'article 85, paragraphe 3, directement applicable sans décision préalable de la Commission. L'article 85 dans son ensemble serait appliqué par la Commission, les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales, comme c'est déjà le cas pour l'article 85,paragraphe 1, et pour l'article 86.

13. Cette réforme permettrait à la Commission de recentrer ses activités sur les infractions les plus graves au droit communautaire dans des affaires d'intérêt communautaire. Elle ouvrirait la voie à l'application décentralisée des règles de concurrence communautaires par les autorités et les juridictions nationales et soulagerait les entreprises des contraintes administratives et des coûts de mise en conformité superflus. Elle stimulerait également l'application des règles de concurrence de la Communauté par les autorités nationales.

14. Dans le nouveau système, la Commission continuerait de jouer un rôle directeur dans l'élaboration de la politique communautaire de la concurrence. Elle continuerait d'adopter des règlements et des communications énonçant les principales règles d'interprétation des articles 85 et 86. Elle continuerait aussi d'arrêter des décisions d'interdiction et d'autorisation, qui serviraient de précédents pour la mise en œuvre de ces dispositions. Il est également envisagé de ne pas inclure les entreprises communes de production représentant des investissements substantiels dans le nouveau système, mais de les soumettre aux règles de procédure du règlement communautaire sur les concentrations.

15. Dans ce système de compétence parallèle de la Commission, des autorités nationales et des juridictions nationales, il serait nécessaire de maintenir certaines mesures qui permettent à la Commission de garantir l'application cohérente des règles dans l'ensemble de la Communauté. Il est proposé, en particulier, que la Commission conserve le pouvoir de soustraire une affaire à la compétence des autorités nationales de concurrence et de traiter elle-même une affaire s'il existe un risque de divergence de politiques. Il devrait aussi être fait clairement obligation aux juridictions nationales d'éviter tout conflit avec les décisions de la Commission. D'autres mesures sont examinées dans le Livre blanc.

16. La Commission invite les Etats membres, toutes les institutions et les parties intéressées à envoyer leurs observations sur le Livre blanc pour le 30.09.1999 au plus tard à l'adresse indiquée à la dernière page.

Introduction

1. La Commission est chargée de la mise en place de la politique de concurrence communautaire depuis les premiers jours de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (ci-après CECA) en 1952. L'Europe d'alors était très différente de celle que nous connaissons en cette fin de siècle et de millénaire. Après les premières expériences de la CECA, la Commission commença véritablement à mettre en œuvre une politique de concurrence avec l'adoption du règlement n°17, en 1962, dans le cadre du traité instituant la Communauté économique européenne. Le défi fut de taille: créer une politique inédite à l'échelle d'un continent, sans référence directe dans la plupart des Etats membres de l'époque, afin de répondre à deux exigences: l'intégration des marchés nationaux en un seul espace économique et l'installation de la concurrence comme force motrice de l'économie.

2. Peu à peu, à travers les décisions et les communications, et plus tard les règlements, la Commission établit une politique de concurrence couvrant les grands sujets de la vie économique. La Cour de justice joua son rôle pleinement : tantôt elle confirma, tantôt elle annula, mais toujours elle contribua à la compréhension des règles de concurrence telles qu'elles s'inscrivirent dans la vie des consommateurs et des entreprises du marché commun en devenir.

3. Le résultat de ces premières années d'effort est remarquable : une politique complète, une jurisprudence abondante, les principes fondamentaux clairement établis, les détails bien mis en place. Que ce soit dans le domaine de la répression des ententes les plus nocives ou en matière de licences de technologie ou de distribution des biens et des services, la politique communautaire apporte des réponses aux problèmes de l'économie moderne. Au fil des années, le dispositif communautaire s'est enrichi d'un contrôle des concentrations, d'une politique de libéralisation de secteurs monopolisés, d'une politique de coopération internationale et de nombreuses initiatives ponctuelles pour faire face aux défis économiques nouveaux.

4. En 1999, cette politique se déploie dans un monde très différent de celui que connaissaient alors les auteurs des textes fondateurs. Quinze Etats membres, une monnaie et un marché uniques, une économie globalisée, un élargissement aux pays d'Europe centrale et orientale et à Chypre, nul n'aurait pu prévoir cela en 1962. Les changements intervenus en matière de concurrence sont également remarquables. La politique mise en place par la Commission couvre toute la gamme des activités économiques, alors que les politiques nationales de la concurrence mises en place par chacun des Etats membres s'imbriquent dans un système communautaire. Qu'il s'agisse maintenant de moderniser ce système n'enlève rien à ses mérites : créée *ex nihilo*, la politique de concurrence communautaire permit de jeter les bases du marché unique et d'assurer le dynamisme de l'économie européenne. La nouvelle tâche est d'aménager le système pour faire face aux défis des années à venir.

5. L'adoption du premier règlement d'application des articles 85 et 86, le règlement n°17 du Conseil, date de plus de 35 ans. Ce texte a été conçu pour une Communauté de 170 millions d'habitants et de six Etats membres travaillant dans quatre langues différentes. Il s'applique aujourd'hui, sans avoir été

substantiellement modifié, à une Communauté de 380 millions d'habitants et de 15 Etats dont les marchés sont déjà très largement intégrés. En outre, les années récentes se sont caractérisées par une internationalisation accélérée de l'économie européenne et la politique de concurrence s'inscrit désormais le plus souvent dans un cadre mondialisé. Des adaptations ont certes été pratiquées dans le cadre légal existant mais elles semblent aujourd'hui avoir atteint leurs limites. La nécessité d'une réforme est d'autant plus pressante que la décennie à venir comporte deux défis majeurs pour la politique de concurrence : l'Union économique et monétaire et l'élargissement de la Communauté aux pays d'Europe centrale et orientale et à Chypre.

6. L'Union économique et monétaire ne peut manquer d'avoir des conséquences importantes sur la politique de concurrence. Elle induira tout d'abord une intégration économique plus poussée et approfondira à long terme les effets du marché intérieur en contribuant à éliminer les dernières barrières économiques qui subsistent entre les Etats membres. Elle permettra également d'alléger les coûts globaux du commerce intra-communautaire par la réduction des coûts de transaction qu'alourdissent encore aujourd'hui les frais de change. Ces éléments inciteront les entreprises à développer leurs échanges et accroîtront de ce fait la concurrence dans l'ensemble de l'Union. L'existence d'une monnaie unique augmentera également la transparence en matière de prix, mettant ainsi en lumière les différentiels de prix subsistant entre les Etats membres. Les opérateurs économiques pourront être tentés, face à une pression concurrentielle accrue, d'adopter des comportements protectionnistes afin d'échapper aux contraintes d'adaptation à ces nouvelles conditions et compenser ainsi leur moindre compétitivité dans un nouvel environnement. Enfin, le fait que certains Etats membres restent, temporairement au moins, en dehors de l'Union monétaire peut inciter les entreprises à cloisonner leurs marchés.

7. L'élargissement de la Communauté exigera également un renforcement de la politique de concurrence à l'égard des cartels et des abus de position dominante. En particulier, les positions dominantes d'entreprises héritières des monopoles d'Etat sont particulièrement nombreuses dans les pays candidats et leurs détenteurs peuvent être tentés d'en abuser pour compenser leur moindre compétitivité économique. La tradition d'économie planifiée représente également un danger potentiel en tant qu'elle favorisait les ententes entre "concurrents". Toute proposition de modification des règles de procédure en matière de concurrence doit intégrer le fait que ces Etats aux structures administratives encore peu familières aux concepts de marché et de libre entreprise doivent les appliquer en tant que partie de l'acquis communautaire. L'élargissement aura en outre un effet mécanique sur l'accroissement des ententes et abus de position dominante potentiellement soumis au droit communautaire. Dans une Europe à plus de 20 Etats membres, le maintien de l'efficacité de la politique de concurrence impose une modernisation des règles d'application des articles 85 et 86.

8. La mondialisation de l'économie est un autre défi pour les autorités de concurrence. Alors que cette évolution est en principe bénéfique pour la concurrence par l'ouverture et l'intégration des marchés à une échelle allant au-delà de la Communauté, elle confronte les autorités de concurrence avec des cartels ou des pratiques restrictives visant à ériger des barrières artificielles entre les grandes régions de ce marché mondial. Tel peut être le cas lorsque des grandes entreprises mettent en œuvre des restrictions verticales empêchant l'accès à leur

marché, se répartissent les marchés ou concluent des contrats abusifs à l'échelle mondiale. Ces pratiques sont généralement d'une nature complexe, demandent beaucoup d'investigation et de coopération avec d'autres autorités de concurrence et, si elles restent impunies, causent d'autant plus de dommage à l'économie et aux consommateurs qu'elles s'appliquent à une échelle géographique très large.

9. Dans ce nouvel environnement économique communautaire et mondial, le maintien du règlement n°17 tel qu'il a été conçu en 1962 avec son système de contrôle préalable très centralisé devient incompatible avec l'objectif d'un contrôle efficace de la concurrence. Le présent livre blanc expose les réflexions de la Commission à ce sujet et a pour objet de susciter les réactions de toutes les parties intéressées, préalable nécessaire à la présentation formelle d'une proposition d'un nouveau règlement au Conseil.

Chapitre I - Historique

I. La mise en place d'un système communautaire de contrôle des ententes

10. Le rapport Spaak[1], dans le chapitre consacré à la politique de concurrence, avait mis en exergue la nécessité pour le traité de faire obstacle à ce que des situations ou des pratiques de monopole tiennent en échec les objectifs fondamentaux du marché commun[2]. La notion de « monopole » recouvrait, pour les auteurs du rapport, tant la détention d'une position dominante par une entreprise que la conclusion d'ententes restrictives de concurrence. Cette approche fût reprise par le traité de Rome qui interdit aux entreprises détentrices d'une position dominante d'en abuser (article 86 CE) et soumet les ententes restrictives de concurrence à un principe général d'interdiction sanctionné par leur nullité ab initio (article 85 CE). Ainsi, l'article 85§1 et 2 dispose que : *« (1) Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...). (2) Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit. ».*

11. Il convient de rappeler que si les délégations nationales réunies à Messine accordaient toutes leur préférence à un système fondé sur le principe d'interdiction en raison notamment des garanties d'efficience découlant de son effet préventif, les négociateurs du traité ont en revanche rencontré davantage de difficultés pour définir les conditions dans lesquelles l'interdiction de l'article 85§1 pourrait être levée. Deux systèmes étaient concevables: un régime d'autorisation ou un régime d'exception légale. Dans un régime d'autorisation, l'interdiction posée par la loi ne peut être levée que par l'intervention d'une autorité publique habilitée à cet effet, laquelle prononce par une décision constitutive de droits la levée de l'interdiction. La logique du régime d'autorisation veut que les accords soient nuls tant qu'ils n'ont pas été autorisés par l'autorité compétente. Dans un régime d'exception légale, l'interdiction des accords restrictifs ne s'applique pas à ceux d'entre eux qui satisfont à certaines conditions déterminées par la loi. L'ensemble de ces conditions s'interprète comme une exception au principe d'interdiction. Les accords restrictifs remplissant les conditions légales sont donc valides dès leur conclusion.

---

1 Rapport des chefs de délégation du Comité Gouvernemental institué par la Conférence de Messine et adressé aux ministres des Affaires Etrangères en date du 21.4.1956 (pages 53-60).

2 Le rapport précisait que les principes inscrits dans le traité devaient *« permettre à la Commission européenne de prendre des règlements généraux d'exécution (...) qui auront pour objet d'élaborer des règles détaillées concernant la discrimination, d'organiser un contrôle des opérations de concentration et de mettre en pratique une interdiction des ententes qui auraient pour effet une répartition ou une exploitation des marchés, une limitation de la production ou du progrès technique »* (Rapport Spaak précité, page 56).

12. Le texte du paragraphe 3 de l'article 85 est le produit d'un compromis entre les délégations souhaitant un régime d'exception légale et celles défendant un régime d'autorisation préalable. Alors que les tenants d'un régime d'autorisation défendaient une rédaction du type « les ententes peuvent être déclarées valables», l'accord a été trouvé sur une formulation négative « les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables». En retenant cette formulation négative, l'article 85§3 a laissé au législateur communautaire la liberté de choisir entre un régime d'autorisation et un régime d'exception légale.

13. Le choix final d'un régime de contrôle des ententes a donc été laissé au législateur communautaire. En effet, l'article 87 a confié au Conseil, sur proposition de la Commission après consultation du Parlement européen, le soin de déterminer les modalités d'application de l'article 85§3 en tenant compte de la nécessité d'une part d'assurer une surveillance efficace et d'autre part de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif. Le Conseil peut organiser ce contrôle sous forme d'autorisation préalable ou peut statuer que l'article 85§3 soit directement applicable sans nécessité d'un acte administratif préalable.

14. Le paragraphe premier de l'article 87 a confié en outre au Conseil le pouvoir d'arrêter tous règlements et directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86. A cette fin, la Commission a transmis au Conseil une proposition de règlement[3] le 28 octobre 1960. Le court exposé des motifs de cette proposition rappelle les trois objectifs principaux qui ont présidé à sa conception: améliorer les moyens d'information des autorités de contrôle, assurer dans les six pays un régime d'application de l'article 85 suffisamment homogène et réaliser les conditions d'une sécurité juridique suffisante pour les entreprises. Ces trois objectifs n'étaient pas faciles à atteindre dans le contexte du début des années 1960.

15. En premier lieu, assurer l'information nécessaire des autorités de concurrence, nationales et communautaire, était problématique à une époque où les services de la Commission et en particulier la Direction générale en charge de la politique de concurrence n'avaient pas une connaissance suffisante des marchés et de la nature des ententes ou autres pratiques restrictives. Les victimes d'infractions aux règles de concurrence ne pensaient guère à transmettre leurs plaintes à la Commission et n'ont invoqué le droit communautaire que progressivement. En outre, les autorités de concurrence des Etats membres, lorsqu'elles existaient, avaient été mises en place récemment et avaient peu d'expérience dans le domaine de concurrence. La pratique des juridictions nationales était également très limitée en matière de concurrence.

16. C'est pourquoi, afin d'assurer l'information de la Commission et de garantir la sécurité juridique des entreprises, le règlement n°17 a institué un mécanisme d'autorisation dont la mise en œuvre requiert normalement la saisine préalable de la Commission, sous forme de notification. Aux termes du règlement, la notification préalable des ententes n'est pas obligatoire mais les entreprises qui souhaitent se prévaloir des dispositions de l'article 85§3 doivent obligatoirement

---

[3] Document IV/COM(60) 158 final du 28.10.1960.

notifier leurs ententes à la Commission (sous réserve des accords dispensés de notification au titre de l'article 4§2). Les décisions d'exemption ont un caractère constitutif de droits et elles peuvent être rétroactives jusqu'à la date de la notification mais pas au-delà (article 6§1 du règlement n°17).

17. En second lieu, le développement cohérent de l'interprétation de l'article 85§3 exigeait initialement une certaine centralisation du contrôle. Celle-ci a été réalisée en confiant à la Commission une compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85§1 inapplicables à une entente (article 9§1 du règlement n°17). En outre, cette compétence exclusive a été renforcée par le mécanisme de dessaisissement des autorités nationales que le simple engagement d'une procédure communautaire déclenche automatiquement (article 9§3 du règlement n°17).

18. En troisième lieu, la sécurité juridique des entreprises était fragilisée par la nullité absolue dont l'article 85§2 du traité sanctionnait les ententes restrictives de concurrence et la rédaction très générale de l'article 85 dont la portée n'était pas encore précisée par la jurisprudence communautaire, les règlements d'exemptions et la pratique décisionnelle de la Commission. Par ailleurs, à cette époque, les législations nationales, inexistantes ou hétérogènes, pouvaient difficilement guider les entreprises ou les juridictions dans leur interprétation du droit communautaire. En effet, alors que ni l'Italie ni le Luxembourg ne disposaient d'une législation en matière de concurrence, la Belgique et les Pays-Bas avaient opté pour un système de contrôle d'abus [4] qui ne permettait la sanction des accords illicites qu'à partir de la date de la constatation de l'infraction par l'autorité de concurrence. Seules les législations allemande et française étaient fondées, comme le droit communautaire, sur un principe d'interdiction mais la loi allemande avait institué un régime d'autorisation pour les ententes entre concurrents (GWB du 27.07.1957) tandis que la loi française avait créé un régime d'exception légale (ordonnance française n°45-1483 du 30 juin 1945).

II. Le développement du rôle de la Commission

19. Depuis les années 60, le rôle de la Commission et le nombre de cas se sont considérablement accrus par les effets combinés de l'intégration des marchés, de l'adhésion de nouveaux Etats membres, de l'adoption d'accords de coopération avec les pays tiers et enfin de la mondialisation de l'économie.

20. Il convient de rappeler que le champ d'application du droit communautaire de la concurrence se fonde sur le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres. La réalisation du marché intérieur et l'intégration progressive des marchés nationaux se sont donc inévitablement traduites par un accroissement du nombre d'affaires relevant du droit communautaire. En effet, dans un marché intégré, même des ententes conclues entre des entreprises établies dans un seul et même Etat peuvent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur le commerce intra-communautaire et peuvent relever ainsi du champ d'application du droit communautaire.

---

[4] Législations belge (loi sur la protection contre l'abus de puissance économique du 20 mai 1960) et néerlandaise (loi du 28.6.1956).

21. Les adhésions successives de nouveaux Etats membres ont eu un effet mécanique sur l'étendue de la compétence de la Commission. Fondée en 1957 par 6 Etats, la Communauté en compte aujourd'hui 15 et en comptera bientôt plus de 20. Ces élargissements n'ont pas induit de modification substantielle du règlement n°17. L'adhésion du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark [5] a seulement conduit à l'ajout d'un 25ème article disposant que la date d'adhésion vaut date d'entrée en vigueur du règlement et que les accords, décisions et pratiques concertées qui, du fait de l'adhésion, rentrent dans le champ d'application de l'article 85 doivent être notifiées avant l'expiration d'un délai de 6 mois. Lors des adhésions de la République hellénique [6], de l'Espagne et du Portugal [7], il a seulement été précisé que les règles appliquées lors des précédentes adhésions étaient pareillement applicables. Les mêmes règles ont été reprises lors des adhésions de l'Autriche, de la Suède et de la Finlande[8] sauf pour les accords, décisions et pratiques concertées qui, à la date de l'adhésion, relevaient de l'article 53 de l'accord sur l'Espace économique européen [9].

22. De plus, les accords passés avec des pays tiers, préalables à l'adhésion ou simplement de libre échange, ont également étendu la compétence territoriale de la Commission en matière de concurrence. L'accord sur l'Espace économique européen contient des règles calquées sur les articles 85 et 86 et a donné compétence à la Commission pour une grande partie des cas dans lesquels le commerce à l'intérieur du territoire couvert par l'accord est affecté.

23. Le rôle de la Commission s'est donc considérablement étendu depuis les années 60 sans que les conditions de son intervention n'aient changé. Des règles procédurales qui avaient été conçues pour une Communauté à 6 Etats membres s'appliquent aujourd'hui, sans aucune modification substantielle à 15 Etats membres.

III. Les adaptations et leurs limites

24. Le régime de contrôle retenu par le règlement n°17 répondait effectivement aux trois objectifs principaux identifiés à l'époque par la Commission (information des autorités de contrôle, application homogène des règles de concurrence dans la

---

5 Cf. actes relatifs à l'adhésion aux Communautés Européennes du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, édition spéciale du JO n° L 73 du 27 mars 1972, p. 92.

6 Cf. actes relatifs à l'adhésion de la République hellénique aux Communautés Européennes, JO n° L 291 du 19.11.1979, p. 93.

7 Cf. actes relatifs à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise aux Communautés Européennes, JO n° L 302 du 15.11.1985, p. 165.

8 Cf. actes relatifs à l'adhésion du royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède à l'Union européenne, JO n° C 241 du 29.8.1994, p. 57.

9 JO n° L 1 du 3.1.1994, p.1.

Communauté et sécurité juridique des entreprises). Il a permis le développement d'un corpus de règles cohérent et leur application uniforme dans la Communauté, contribuant ainsi grandement à la réalisation du marché intérieur. Il montre néanmoins aujourd'hui ses limites. Le mécanisme de contrôle a priori inhérent au régime d'autorisation institué par le règlement n°17 a conduit les entreprises à notifier systématiquement leurs ententes à la Commission qui, dotée de ressources administratives limitées, s'est trouvée très tôt dans l'impossibilité matérielle de traiter par décision formelle les milliers d'affaires dont elle était saisie. A ce propos, il convient de rappeler qu'aux termes du règlement n°17 l'adoption d'une décision d'exemption requiert outre la mise en œuvre des mesures d'enquête appropriées, la publication d'une communication au journal officiel actuellement en 11 langues (article 19§3 du règlement n°17) permettant aux tiers de faire valoir leurs observations, la consultation du comité consultatif sur le projet de décision, l'adoption par la Commission et la publication de la décision au Journal Officiel dans les 11 langues.

25. La combinaison du régime de contrôle a priori du règlement n°17, du caractère limité des ressources administratives et de la complexité des procédures décisionnelles a eu pour effet que dès 1967, la Commission s'est trouvée confrontée à une masse de 37.450 affaires accumulées depuis l'entrée en vigueur du règlement quatre années auparavant. Il s'est donc révélé indispensable d'apporter certaines adaptations au régime de contrôle en vigueur afin de limiter les notifications individuelles, d'accélérer le traitement des demandes d'autorisation et d'encourager, dans certains cas, les plaignants à saisir les juridictions ou les autorités nationales.

A. La réduction des notifications individuelles

26. La Commission a pris différentes mesures au fil des années afin de réduire les notifications aux fins d'attestation négative et d'exemption.

27. Dans la première décision formelle au titre de l'article 85 qu'elle a adoptée[10], la Commission a introduit la notion d'atteinte sensible à la concurrence qui a permis d'écarter du champ d'application de l'article 85§1 les affaires de moindre importance. Cette notion a été entérinée par la Cour de Justice dans l'affaire Völk/Vervaeke[11]. Se fondant sur cet arrêt, la Commission a quantifié, à titre indicatif, cette notion dans une communication sur les accords d'importance mineure publiée en 1970[12] dont le deuxième alinéa indique que *"la Commission estime que l'interdiction des ententes ne vise pas les accords qui n'affectent que d'une manière insignifiante le commerce entre Etats membres et la concurrence.*

---

[10] Décision 64/344/CEE de la Commission du 1er juin 1964 relative à une demande d'attestation négative présentée conformément à l'article 2 du règlement n°17 (affaire Grosfillex-Fillistorf), JO n° L 64 du 10.6.1964, p.1426/64.

[11] Arrêt de la Cour du 9 juillet 1969 dans l'affaire 5/69, Franz Völk contre S.P.R.L. Ets Vervaecke (Recueil 1969, p.295, point 7 des motifs).

[12] JO n° C 64 du 2.6.1970 p.1.

Seuls sont interdits les accords qui ont des effets sensibles sur les conditions du marché (...)'. Cette communication, qui a été actualisée en 1977[13], en 1986[14] et en 1997[15], a permis de réduire les notifications d'ententes qui n'étaient pas nocives pour la concurrence.

28. La Commission a utilisé les communications à caractère général dès 1962 pour clarifier les conditions dans lesquelles certaines ententes n'ont normalement pas pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence et de ce fait, ne tombent pas sous le coup de l'article 85§1. Une communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce[16] a été publiée en 1962, suivie par une communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises[17] adoptée en 1968. En outre, une communication concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85§1[18] a été adoptée en 1978. Une communication sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85[19] a été adoptée en 1993. Conçues pour permettre aux entreprises, éventuellement aidées de leurs conseils, d'apprécier elles-mêmes la compatibilité avec le droit communautaire des ententes auxquelles elles sont parties, ces communications ont induit une certaine réduction des demandes d'attestations négatives en application de l'article 2 du règlement n°17.

29. Afin de limiter les demandes individuelles d'exemption, la Commission a en outre adopté, sur habilitation du Conseil, une série de règlements d'exemption par catégorie. En effet, aux termes de l'article 85§3 les dispositions de l'article 85§1 peuvent être déclarées inapplicables à des catégories d'accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées. La "déclaration d'inapplicabilité" résulte alors des dispositions réglementaires définissant les caractères que doivent présenter les ententes qui en font l'objet pour être considérées sans examen préalable comme répondant aux conditions de la dérogation du paragraphe 3. L'article 87 du traité dispose que le Conseil arrête tous les règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86. Sur cette base, le Conseil a adopté jusqu'à présent trois règlements d'habilitation, à savoir le règlement n°19/65/CEE[20], le règlement (CEE) n°2821/71[21] et le règlement (CEE) n°1534/91[22] qui autorisent la

---

13 Communication de la Commission du 19 décembre 1977 (JOn° C 313 du 29.12.77, p.3).

14 JO n° C 231 du 12.9.1986 p.2.

15 JO n° C 372 du 9.12.1997 p.13.

16 JO n°139 du 24.12.1962, p.3921/62.

17 JO n° C 75 du 29.7.1968, p.3, rectifié par le JO n° C 84 du 28.8.1968, p.14.

18 JO n° C 1 du 3.1.1979, p.2.

19 JO n° C 43 du 16.2.1993, p.2.

20 JO n°36 du 6.3.1965, p.533.

21 Règlement (CEE) n°2821/71 du Conseil (JO n° L 285 du 29.12.1971) modifié par le règlement (CEE) n°2473/72 du 19 décembre 1972 (JO n° L 191 du 29.12.1972).

Commission à déclarer l'interdiction de l'article 85§1 inapplicable à certaines catégories d'accords.

30. A ce jour sont en vigueur 5 règlements d'exemption par catégorie d'accords verticaux et de transfert de technologie adoptés par la Commission sur la base du règlement n°19/65/CEE:

- le règlement (CEE) n°1983/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de distribution exclusive [23];
- le règlement (CEE) n°1984/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords d'achat exclusif [24];
- le règlement (CEE) n°1475/95 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles[25];
- le règlement (CEE) n°4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de franchise [26];
- le règlement (CEE) n°240/96 du 31.01.1996 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de transfert de technologie [27].

Dans le cadre du réexamen de sa politique en matière de restrictions verticales, la Commission a présenté au Conseil une proposition de règlement modifiant le règlement n°19/65/CEE, afin de conférer à la Commission les pouvoirs nécessaires pour l'adoption d'un règlement d'exemption par catégorie couvrant l'ensemble des accords verticaux[28].

31. Quant à l'habilitation conférée par le Conseil en vertu du règlement (CEE) n°2821/71, elle a permis à la Commission d'adopter deux règlements d'exemption concernant certaines catégories d'accords horizontaux, à savoir :

---

22 Règlement (CEE) n°1534/91 du Conseil (JO n°L 143 du 7.6.1991, p.1).

23 JO n° L 173 du 30.06.1983, modifié par le règlement de la Commission (CE) n°1582/97 du 30 juillet 1997 (JO n° L214 du 6.8.1997, p.2).

24 JO n° L 173 du 30 juin 1983, modifié par le règlement de la Commission (CE) n°1582/97 du 30 juillet 1997 (JO n° L 214 du 6.8.1997, p.2).

25 JO n° L 145 du 29.6.1995, p.25.

26 JO n° L 359 du 28.12.1988, p.46.

27 JO n° L 31 du 9.2.1996, p.2.

28 JO n° C 365 du 26.11.1998, p.27.

- le règlement (CEE) n°417/85 du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de spécialisation [29].

- le règlement (CEE) n°418/85 du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85§3 à des catégories d'accords de recherche et de développement [30].

32. Enfin, le règlement (CEE) n°1534/91 a habilité la Commission à adopter un règlement d'exemption par catégorie spécifique au secteur des assurances : le règlement (CEE) n°3932/92 du 21 décembre 1992 concernant l'application de l'article 85§3 à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances[31].

33. Ces règlements d'exemption ont permis de réduire considérablement le nombre de demandes individuelles d'exemption.

B. L'accélération du traitement des demandes d'autorisation

34. Comme cela a été observé précédemment, l'adoption de décisions formelles par la Commission impose le respect d'une procédure particulièrement lourde qui s'est très rapidement révélée difficilement praticable pour la totalité des cas soumis à l'examen de la Commission. Afin d'accélérer le traitement des demandes d'autorisation dont ils sont saisis, les services de la Commission ont donc eu recours à partir de la première moitié des années 70 à la technique des lettres administratives de classement. Ces lettres permettent d'informer l'entreprise qu'en fonction des éléments dont la Commission a connaissance, l'entente notifiée soit ne remplit pas les conditions d'application de l'article 85§1 (lettre type attestation négative) soit réunit les conditions nécessaires pour bénéficier d'une exemption (lettre type exemption). Les lettres administratives de classement sont signées par un directeur de la direction générale de la concurrence. Elles permettent d'accélérer notablement le traitement des affaires dans la mesure où elles excluent généralement les mesures de publicité prévues par les articles 19 et 21 du règlement n°17 et la consultation formelle du comité consultatif et réduisent en outre les contraintes de traduction liées à ces étapes procédurales. L'usage de ces lettres s'est développé très rapidement et leur nombre s'élève maintenant entre 150 et 200 par an. Aujourd'hui, plus de 90% des cas de notification sont clôturés informellement (lettre administrative ou classement simple[32]).

---

29 JO n° L 53 du 22.2.1985, p.1, modifié par le règlement de la Commision (CE) n°2236/97 du 10.11.1997 (JO n° L 306 du 11.11.1997, p.12).

30 JO n° L 53 du 22.2.1985, p.5, modifié par le règlement de la Commission (CE) n°2236/97 du 10 novembre 1997 (JO n° L 306 du 11.11.1997, p.12).

31 JO n° L 398 du 31.12.1992, p.7.

32 Un grand nombre d'affaires font l'objet chaque année d'un classement sans décision : il peut s'agir de plaintes ou de notifications retirées ou devenues sans objet

35. Cette technique des lettres administratives s'est avérée utile et a généralement été bien acceptée mais elle présente deux inconvénients majeurs. D'une part, de telles lettres ne répondent pas aux exigences de publicité et de transparence auxquels doivent en principe être soumis les actes administratifs. Leur envoi est en effet rarement précédé d'une publication au Journal officiel permettant aux tiers de faire valoir leurs observations conformément à l'article 19§3 du règlement n°17. D'autre part, la Cour a précisé leur valeur juridique dans l'arrêt du 10 juillet 1980[33] : elles ne constituent ni des décisions d'attestation négative ni des décisions d'application de l'article 85§3 du traité et n'ont pas pour effet de lier les juridictions nationales devant lesquelles l'incompatibilité des accords en cause avec l'article 85 est évoquée. Elles constituent un élément de fait dont les juridictions et les autorités nationales tiennent généralement compte.

C. L'encouragement du traitement décentralisé des plaintes

36. L'article 9§1 du règlement n°17 ne donne une compétence exclusive à la Commission que pour déclarer les dispositions de l'article 85§1 inapplicables en vertu du paragraphe 3 du même article. Les juridictions nationales et les autorités compétentes des Etats membres peuvent appliquer les articles 85§1 et 86 du traité et en particulier statuer sur les demandes fondées sur le droit communautaire. La Commission a maintes fois affirmé son souhait de voir se renforcer l'application décentralisée tant par les autorités que par les juridictions.

37. La Cour de justice a jugé dès 1974 dans l'affaire BRT[34] que les interdictions des articles 85§1 et 86 se prêtant par leur nature même à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces articles engendrent des droits dans le chef des particuliers que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Dix ans avant l'adoption de la communication sur la coopération avec les juridictions nationales[35], la Commission a insisté dans le treizième rapport sur la politique de concurrence[36] en 1983 sur l'importance des voies de droit nationales pour faire constater les infractions aux règles de concurrence communautaires. Dans la plupart des rapports ultérieurs, la Commission a regretté que cette application ne se développe que lentement[37]. Par ailleurs, dans l'arrêt Delimitis[38] la Cour a

---

33 Arrêt de la Cour du 10 juillet 1980 dans l'affaire 99/79, SA Lancôme et Cosparfrance Nederland BV contre Etos BV et Albert Heyn Supermarkt BV (Recueil 1980, p.2511).

34 Arrêt du 30 janvier 1974 dans l'affaire 127/73, "BRT I" (Recueil 1974, p.51).

35 Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du traité CEE, JO n° C 39 du 13.2.1993, p.6.

36 13ème rapport annuel sur la politique de concurrence, 1983, point 217.

37 Cf. notamment le quinzième rapport annuel (1985, point 38), le 16ème rapport annuel (1986, point 40), le 17ème rapport annuel (1987, point 55), le 21ème rapport annuel (1991, point 69).

38 Arrêt de la Cour du 28 février 1991 dans l'affaire C-234/89, Stergios Delimitis contre Henninger Bräu AG (Recueil 1991, p.I-935).

confirmé la possibilité pour le juge national d'appliquer directement l'article 85§1 en effectuant un pronostic négatif sur l'applicabilité en l'espèce de l'article 85§3. En outre, la Cour a reconnu au juge national le pouvoir de «*prendre des mesures provisoires selon les modalités de son droit procédural national*»[39] et de procéder dans ce cadre à un pronostic positif quant à l'application de l'article 85§3. Enfin, elle a indiqué que, pour limiter le risque que les juridictions rendent des décisions contradictoires avec celles adoptées ou envisagées par la Commission, les juges nationaux peuvent s'adresser à la Commission afin de recueillir les informations qui leur sont nécessaires et que celle-ci est en mesure de leur fournir. Suite à cet arrêt, la Commission a adopté en 1993 la communication précitée relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales. Cette communication clarifie le cadre juridique général et précise les modalités pratiques pour atteindre une plus grande implication des juridictions nationales dans l'application des articles 85 et 86. En particulier, elle définit les conditions dans lesquelles les juridictions peuvent s'adresser à la Commission afin de demander des informations d'ordre procédural, juridique ou factuel.

38. Dans le même esprit, la communication relative à la coopération entre la Commission et les autorités nationales[40], publiée en 1997, trace les lignes d'une répartition des affaires entre les autorités nationales et la Commission et invite les entreprises à s'adresser davantage aux autorités nationales de concurrence pour obtenir le respect de l'article 85§1 et de l'article 86. Le but principal de cette communication est de réduire le nombre de plaintes adressées à la Commission dans la mesure où les autorités nationales sont en mesure de les traiter de manière efficace.

39. Les deux communications précitées relatives à la décentralisation trouvent aujourd'hui leurs limites dans le cadre législatif existant. Les plaignants restent hésitants à s'adresser aux juridictions ou aux autorités nationales de concurrence lorsqu'ils s'estiment victimes d'une violation du droit communautaire. Les entreprises mises en cause dans une procédure nationale gardent toujours la possibilité de notifier leur entente à la Commission afin de frustrer l'action de l'instance saisie. En effet, comme cela a déjà été observé, l'ouverture de la procédure par la Commission dessaisit automatiquement les autorités de concurrence (article 9§3) et les juridictions peuvent surseoir à statuer en attendant que la Commission se prononce. Consciente de ce problème, la Commission a expressément évoqué au point 57 de *la communication sur la coopération avec les autorités de concurrence* la question des notifications introduites dans le but de suspendre une procédure nationale et a affirmé s'estimer fondée à ne pas traiter ces notifications de manière prioritaire. Cependant, force est de constater que les mécanismes de coopération avec les autorités nationales n'ont pas rencontré, jusqu'à présent, le succès attendu du fait du monopole de la Commission pour l'application de l'article 85§3 du traité.

---

39 Arrêt Delimitis précité note 38, attendu 52.

40 Communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du traité, JO n° C 313 du 15.10.1997, p.3.

Conclusion

40. La Commission est donc parvenue à endiguer le flux des notifications mais elle a dû pour ce faire se résigner à accorder une importance moindre aux restrictions de concurrence les plus graves qui, elles, ne sont généralement pas notifiées. A ce constat viennent s'ajouter les difficultés pour la Commission de régler les affaires dont elle est saisie dans des délais raisonnables par décision formelle, ce qui est préjudiciable à la sécurité juridique des entreprises. Ce qui précède permet de constater que les mesures prises ont atteint leurs limites et que des réformes plus profondes doivent être envisagées. Ceci est d'autant plus nécessaire que l'intégration plus poussée des marchés nationaux aggrave les effets engendrés par les comportements restrictifs de la concurrence et impose à la Commission de renforcer son action à l'encontre des ententes les plus nocives. Dans une Union élargie à plus de 20 Etats membres, il ne sera plus possible de maintenir un contrôle préalable centralisé à Bruxelles supposant l'examen individuel de milliers d'ententes. Un tel système serait lourd, inefficace et imposerait des contraintes excessives aux opérateurs économiques.

Chapitre II - Une réforme nécessaire

I. Les objectifs

41. L'article 87§2 dispose dans sa lettre a) que les dispositions d'application des articles 85 et 86 doivent permettre d'assurer le respect des interdictions visées aux articles 85§1 et 86 par l'institution d'amendes et d'astreintes et dans sa lettre b) que le régime de contrôle des ententes doit tenir compte d'une part de la nécessité d'assurer une surveillance efficace et d'autre part de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif. La recherche d'un équilibre entre efficacité de la politique et simplification du contrôle doit donc guider le choix entre les différentes options de réforme.

42. A cet égard, la Commission considère que, dans la recherche de cet équilibre et pour accomplir sa mission institutionnelle, elle doit disposer d'un cadre procédural lui permettant en premier lieu de recentrer son activité sur la lutte contre les restrictions les plus graves et en second lieu, de consentir la décentralisation de l'application des règles de concurrence communautaires tout en préservant la cohérence de la politique de concurrence dans la Communauté. Enfin, la Commission considère que le cadre procédural doit alléger les contraintes administratives pesant sur les entreprises tout en leur assurant une sécurité juridique satisfaisante.

A. Assurer l'efficacité du contrôle

1. Recentrer l'application de l'article 85 par la Commission

43. Saisi pour avis[41] en 1961, le Comité Economique et Social avait déjà perçu les risques inhérents au régime de déclaration obligatoire tel qu'il figurait dans la proposition de règlement de la Commission. Ainsi, dans un avis du 28 mars 1961, le Comité observait: « *qu'une telle déclaration si elle peut apparaître pour certains comme un moyen de mieux connaître l'existence des ententes nocives à la concurrence, risque en réalité de détourner la Commission de sa véritable mission en la surchargeant de tâches administratives qui lui interdiront un examen sérieux et approfondi des accords intervenus entre entreprises, et de leurs effets réels* »[42];

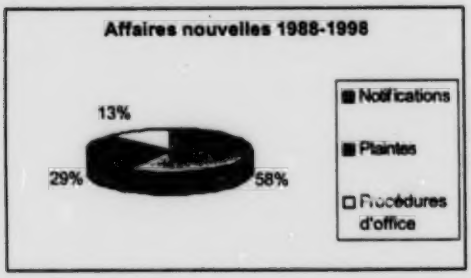
44. Le risque envisagé par le CES s'est en effet réalisé. Si l'on observe les statistiques récentes de l'activité de la Commission, l'on constate que le nombre de notifications rend très difficile la conduite d'une politique active de lutte contre les

---

41 Avis sur le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité du 28.03.1961.

42 Soulignement ajouté.

pratiques restrictives. Ainsi, sur la période 1988-1998, les procédures d'office[43] n'ont représenté que 13% des affaires nouvelles enregistrées, ce qui témoigne du fait que la Commission s'est progressivement trouvée cantonnée dans un rôle réactif à la masse de notifications et de plaintes qui lui sont adressées. Il faut également noter que les décisions formelles de la Commission ne représentent en moyenne que 6% des cas clôturés.



45. Il apparaît aujourd'hui nécessaire de recentrer l'application de l'article 85 par la Commission en lui permettant de consacrer ses ressources à la lutte contre les cartels en particulier dans les marchés concentrés et dans les marchés en voie de libéralisation. Au lieu d'être réactive face au grand nombre de notifications qui lui parviennent, la Commission devrait pouvoir prendre l'initiative et conduire des procédures d'office à l'encontre des ententes ou des abus de position dominantes qui restreignent sévèrement la concurrence et menacent l'intégration des marchés.

2. Décentraliser l'application des règles de concurrence

46. Dans une Communauté élargie à plus d'une vingtaine d'Etats membres, la détection et la répression centralisée des infractions aux règles de concurrence sera de moins en moins efficace et justifiée. Il sera nécessaire de décentraliser davantage l'application des règles tant vers les autorités de concurrence des Etats membres que vers les juridictions nationales. En effet, les autorités de concurrence ont des atouts importants pour traiter certaines affaires de manière efficace: elles ont normalement une bonne connaissance des marchés locaux et des opérateurs nationaux, certaines d'entre elles disposent d'une infrastructure couvrant tout le territoire national et peuvent organiser rapidement des vérifications, la plupart ont les ressources humaines[44] et les moyens juridiques nécessaires à la répression

---

[43] Il s'agit des procédures engagées à la seule initiative de la Commission en vue de la détection et de la répression des infractions.

[44] Il y avait en 1998 dans l'ensemble des Etats membres environ 1222 fonctionnaires responsables de l'instruction d'affaires en matière de concentrations, d'ententes et d'abus de position dominante dans les Etats membres contre 153 à la Commission.

Ces données doivent être traitées avec la plus grande prudence et ne sont qu'indicatives, les comparaisons d'un Etat à l'autre étant très difficiles à établir.

dinfractions dont le centre de gravité se situe sur leur territoire. Enfin, elles sont plus proches des plaignants qui sadressent plus spontanément à une administration nationale quà la Commission. Lorsque les plaignants se prévalent simultanément de dispositions du droit communautaire et du droit national, les autorités de concurrence des Etats membres, tout comme les juridictions nationales, peuvent appliquer ces deux corps de règles. Les juridictions nationales pour leur part sont plus à même que la Commission de faire droit à certaines demandes des plaignants: elles peuvent intervenir rapidement grâce aux procédures de référé et peuvent, contrairement à la Commission, octroyer des dommages et intérêts aux victimes dinfractions.

47. Une modernisation des règles de procédure devrait donc lever lobstacle à lapplication décentralisée du droit communautaire que constitue aujourdhui la compétence exclusive de la Commission pour appliquer larticle 85§3 afin de permettre que ce droit soit appliqué par linstance la plus à même de le faire efficacement. Une telle mesure ne devrait cependant en aucun cas compromettre luniformité de linterprétation du droit communautaire ou avoir pour conséquence quune pluralité dautorités nationales saisies dune même affaire puissent adopter des décisions contradictoires.

B. Simplifier le contrôle administratif

1. Absence de nécessité dun régime dautorisation

48. Le bon fonctionnement dun système dinterd iction des ententes ne suppose pas lexistence dun régime dautorisation. Il existe dautres systèmes qui sont fondés, comme le droit communautaire, sur un principe dinterdiction des ententes restrictives et ne connaissent pas de système de notification et dautorisation. En effet, un système dinterdiction nimplique pas une présomption dillégalité de toutes les ententes mais seulement de celles qui restreignent la concurrence dune manière sensible et ne remplissent pas les conditions dune exemption. Il nest donc pas nécessaire pour les entreprises de faire valider leurs accords par une autorité administrative. La règle dinterdiction contenue dans larticle 85 peut très bien se satisfaire dun contrôle a posteriori visant uniquement à réprimer les accords violant larticle 85 dans son ensemble. Ceci est dautant plus pertinent quaprès 35 ans de mise en œuvre, la règle est devenue plus claire et plus prévisible pour les entreprises. Il nest, en tout état de cause, pas imaginable, dans une Union européenne élargie, que les entreprises notifient et que la Commission ait à examiner des milliers daccords.

49. Enfin, la division actuelle dans la mise en œuvre de larticle 85 entre le paragraphe 1 et le paragraphe 3 est artificielle et contraire au caractère indivisible

---

Données extraites des actes du XVIIIème congrès FIDE, Stockholm, 3-6 juin 1998 Application nationale du droit européen de la concurrence, rapport général par J. Temple Lang, page 265 (pour les données détaillées par Etat membre, cf. rapport).

de l'article 85 qui exige une analyse économique de l'ensemble des effets d'un accord[45].

2. *Alléger les contraintes pesant sur les entreprises tout en leur assurant un niveau suffisant de sécurité juridique*

50. S'il était nécessaire en 1962 d'assurer l'information de la Commission grâce à un système de notification, la situation a profondément changé et rend moins justifiées aujourd'hui les contraintes de la notification. L'environnement juridique est un des éléments qui déterminent la compétitivité des entreprises, laquelle doit être stimulée le plus possible. Actuellement, la stratégie industrielle et commerciale des entreprises doit tenir compte de la nécessité de notifier leurs ententes à la Commission afin d'obtenir l'assurance que leurs projets ne violent pas les règles de concurrence. Cette obligation génère des coûts importants en particulier pour les entreprises de taille moyenne. Un des objectifs de la modernisation des règles de concurrence doit donc être de ne pas entraver la coopération entre les entreprises lorsque celle-ci ne présente pas de danger pour la concurrence en les libérant des contraintes liées à l'actuel régime de notification.

51. D'autre part, les entreprises bénéficient aujourd'hui d'un niveau de sécurité juridique satisfaisant grâce à l'existence d'un corps de règles claires, développées et précisées tant par plus de 30 années de pratique décisionnelle de la Commission et de jurisprudence de la Cour de justice que par de nombreux textes généraux quelle que soit leur forme (règlements d'exemption par catégorie, communications, lignes directrices). Toute réforme doit s'efforcer de garantir le maintien d'un niveau raisonnable de sécurité juridique aux entreprises. Ceci implique d'une part que les règles soient définies le plus clairement possible afin que les entreprises puissent procéder elles-mêmes à l'appréciation de leurs ententes et d'autre part que la cohérence de l'application par les différentes instances compétentes (Commission, autorités nationales de concurrence et juridictions) soit garantie par des mécanismes préventifs et correctifs appropriés.

II. Les options

52. C'est au regard des exigences d'efficacité du contrôle et de simplification du contrôle administratif qu'il convient d'apprécier les options ouvertes pour la réforme du régime de contrôle des ententes. Ces options doivent en outre permettre d'assurer l'application cohérente et uniforme des règles de concurrence et de maintenir un niveau raisonnable de sécurité juridique pour les entreprises.

53. Dans le cadre d'un régime d'interdiction des ententes, le législateur est confronté à un choix fondamental: l'adoption d'un régime d'autorisation ou

---

[45] Arrêt de la Cour du 6 avril 1962 dans l'affaire 13/61 Société Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd contre Société de droit allemand Robert Bosch GmbH e.a. (Recueil 192, p.89) et arrêt de la Cour du 14 décembre 1977 dans l'affaire 59/77 Ets A. de Bloos SPRL contre société en commandite par actions « Bouyer » (Receuil 1977, p.2359).

d'exception légale. Les régimes d'autorisation reposent sur le principe que l'interdiction des ententes édictée par le législateur (en droit communautaire l'article 85, paragraphe 1) ne peut être levée que par un acte de l'autorité publique habilitée à cet effet, laquelle prononce une décision d'autorisation constitutive de droits. Lorsque l'interdiction des accords restrictifs est sanctionnée de nullité, la logique veut que les ententes soient nulles tant que l'autorité ne les a pas autorisées. Dans les régimes d'exception légale en revanche, l'interdiction des accords restrictifs ne s'applique pas à ceux d'entre eux qui remplissent certaines conditions déterminées par la loi. L'ensemble de ces conditions s'interprète comme une exception au principe d'interdiction.

54. Les raisons qui ont présidé en 1962 à l'adoption en droit communautaire d'un système d'autorisation ont été expliquées plus haut. Aujourd'hui, l'évolution des conditions d'intervention de la Commission conduit à s'interroger sur la nécessité de modifier le régime de contrôle des ententes. Diverses suggestions ont été faites ces dernières années dans les milieux intéressés certaines restent dans le cadre d'un régime d'autorisation et tentent d'en accroître l'efficacité et la célérité tandis que d'autres envisagent une réforme plus profonde par l'adoption d'un système d'exception légale.

A. L'amélioration du système d'autorisation

55. Les principaux inconvénients du système actuel étant, en premier lieu l'impossibilité pour la Commission de consacrer ses ressources à la lutte contre les restrictions les plus graves, en second lieu ses difficultés à régler les affaires dont elle est saisie dans des délais raisonnables par décision formelle assurant une sécurité juridique satisfaisante aux entreprises et, en troisième lieu les entraves à l'application décentralisée des règles de concurrence communautaires par les juridictions nationales et les autorités compétentes des Etats membres, il existe plusieurs suggestions visant à améliorer le fonctionnement du système actuel.

1. L'interprétation de l'article 85

56. Une option parfois évoquée consiste en une modification de l'interprétation de l'article 85 afin d'intégrer l'analyse des effets négatifs et positifs d'une entente dans l'appréciation au regard du paragraphe 1 de l'article 85. L'application de l'exception aux termes du paragraphe 3 serait, dans un tel système, limitée aux seuls cas dans lesquels des motifs liés à la cohérence de la politique de concurrence avec d'autres politiques communautaires prévalent sur les résultats de l'analyse concurrentielle. Il s'agirait en quelque sorte d'interpréter l'article 85§1 comme incorporant une « règle de raison »[46]. Un tel système allégerait les contraintes de notification pour les entreprises, celles-ci n'étant pas tenues de notifier les accords aux fins d'attestation négative.

---

[46] Démarche consistant, pour les autorités ou les juridictions compétentes en matière de droit de la concurrence, à mettre en balance les aspects proconcurrentiels et anticoncurrentiels d'une entente lorsqu'elles ont à statuer sur son interdiction.

57. La Commission s'est déjà engagée de manière limitée dans cette voie et a opéré une évaluation des aspects pro- et anti-concurrentiel de certaines ententes au titre de l'article 85§1. Cette démarche a été entérinée par la Cour de justice[47]. La structure de l'article 85 ne permet cependant pas de l'exploiter davantage : en effet, effectuer plus systématiquement au sein de l'article 85§1 l'analyse des aspects pro et anti-compétitifs d'une entente restrictive conduirait à vider l'article 85§3 de sa substance alors que seule une révision du traité pourrait réaliser une telle modification. Il serait pour le moins paradoxal de vider l'article 85§3 de sa substance alors que cette disposition contient en fait tous les éléments d'une « règle de raison ». De plus, il serait hasardeux de faire reposer la modernisation des règles de concurrence sur une évolution de la pratique décisionnelle, sous réserve de confirmation par les juridictions communautaires. Une telle approche rendrait la modernisation dépendante des affaires soumises à la Commission et pourrait demander de nombreuses années. Enfin, cette option risquerait de détourner l'article 85§3 de son objet qui est de fournir un cadre juridique à l'appréciation économique des ententes et non de permettre d'écarter l'application des règles de concurrence en vertu de considérations politiques.

2. La décentralisation de l'application de l'article 85§3

58. Une des causes des difficultés de la Commission à concentrer son action sur les affaires présentant un réel intérêt communautaire réside dans le monopole qu'elle détient pour appliquer l'article 85§3. Il a donc parfois été suggéré de supprimer l'article 9§1 du règlement n°17 afin de modifier la répartition des compétences existante et de permettre aux autorités de concurrence d'appliquer pleinement l'article 85 en adoptant des décisions d'exemption constitutives de droits. Il existe plusieurs variantes de cette option en fonction des critères de répartition des compétences retenus.

59. La première variante de cette option consiste à partager la compétence d'application de l'article 85§3 et à répartir les affaires entre la Commission et les autorités de concurrence sur la base du centre de gravité des affaires (« Schwerpunkttheorie »)[48]. Pour déterminer ce centre de gravité devraient être pris en compte non seulement les effets de l'accord ou de la pratique mais également l'impératif d'une protection efficace de la concurrence. En outre, un certain nombre d'affaires d'importance communautaire seraient réservées à la Commission: il s'agirait notamment des affaires soulevant une question juridique nouvelle ou des cas d'application de l'article 90 du traité.

---

47 Cf. par exemple : arrêt de la Cour du 8 juin 1982 dans l'affaire 258/78, L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele contre Commission des Communautés européennes (Recueil 1982, p.2015); arrêt de la Cour du 28 janvier 1986 dans l'affaire 161/84, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (Recueil 1986, p.353).

48 Elle a été développée dans un document de travail du Bundeskartellamt: Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 8. und 9. Oktober 1998 : « Praxis und Perspektiven der dezentralen Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts » (http://www.bundeskartellamt.de).

60. Cette option ne réduit pas le nombre total de notifications mais se limite à répartir la masse des affaires existantes et futures entre la Commission et les autorités nationales de concurrence. Elle ne permet pas de renforcer la répression des infractions les plus graves aux règles de concurrence qui ne sont presque jamais notifiées. Ceci serait d'autant moins efficace que les notifications susceptibles d'être traitées par les autorités nationales de concurrence ne sont pas très nombreuses. En effet, les décisions des autorités nationales ne sont exécutoires que sur leur propre territoire et ne permettent donc pas de résoudre les cas impliquant plusieurs territoires nationaux.

61. En outre, le critère de répartition des affaires proposé apparaît insuffisamment précis pour permettre une répartition claire des notifications. Le concept de centre de gravité est bien adapté à la répartition des plaintes entre autorités de concurrence mais pourrait difficilement fonder une répartition des notifications. D'autre part, un tel système continuerait d'entraver l'application du droit communautaire par les juridictions nationales en maintenant l'effet de blocage résultant de tout système d'autorisation par une autorité administrative qu'elle soit nationale ou communautaire.

62. La seconde variante consisterait à répartir les compétences entre la Commission et les autorités nationales de concurrence sur la base de seuils de chiffres d'affaires sur le modèle du règlement (CEE) n°4064/89[49]. En dessous des seuils, les autorités de concurrence auraient la possibilité d'appliquer soit leur droit national, comme c'est le cas pour les concentrations, soit le droit communautaire. En effet, alors que les seuils du règlement (CEE) n°4064/89 définissent en même temps le champ d'application du droit communautaire et la compétence exclusive de la Commission, les seuils qui pourraient être introduits pour l'application de l'article 85 se borneraient à définir les compétences, le critère d'application du droit communautaire étant l'affectation du commerce entre les Etats membres. Dans l'hypothèse où les autorités nationales appliqueraient le droit national, il existerait un risque de forum shopping et de renationalisation de la politique de concurrence[50]. Cette situation serait préjudiciable aux entreprises. Dans l'hypothèse où les autorités nationales appliqueraient le droit communautaire et auraient le pouvoir d'adopter des décisions d'exemption constitutives de droits, il existerait un risque important pour la cohérence de l'application du droit communautaire, notamment en cas de notifications multiples auprès de différentes autorités nationales. Cette option impliquerait que toutes les autorités nationales de concurrence se dotent de systèmes de notification alors que la mise en place de tels systèmes pourrait s'avérer particulièrement difficile pour les nouveaux Etats membres dont les structures administratives risquent de ne pas être en mesure d'assurer cette tâche.

---

49 Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO n° L 395 du 30.12.1989, p. 1, corrigé dans le JO n° L 257 du 21.9.1990, p.13) modifié par le règlement (CE) n°1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 (JO n° L 180 du 9.7.1997, p. 1).

50 Cf. à cet égard l'avis du PE sur le 26ème rapport sur la politique de concurrence (1996).

3. *Lélargissement du champ dàpplication de làrticle 4§2 du règlement n°17*

63. Làrticle 4§2 du règlement n°17 dispense un certain nombre dàccords de la notification préalable aux fins dèxemption. En conséquence, làrticle 6§1 aux termes duquel la date dèffet dùne décision dèxemption ne saurait être antérieure à celle de la notification ne leur est pas applicable. La fonction de cette disposition est de réduire le nombre de notifications dàccords produisant leurs effets principalement dans un seul Etat membre.

64. Une option pourrait consister à étendre davantage la dispense de notification figurant à làrticle 4§2 de làctuel règlement n°17. Làvantage découlant de cette modification pour les entreprises concernées tiendrait au fait que la Commission pourrait, même en cas de notification tardive, examiner si les accords répondent aux conditions prévues à làrticle 85§3 et, si tel est le cas, adopter une décision dèxemption prenant effet à la date à laquelle làccord a été conclu. Ainsi, la sécurité juridique des entreprises serait renforcée car cette modification élimine la nullité automatique qui pèse, dans le régime actuel, sur les accords visés par làrticle 85§1 qui nònt pas été notifiés. Une telle modification ne comporterait par ailleurs pas de relâchement de la surveillance de la Commission car làrticle 4§2 ne lèmpêche pas dìnterdire les accords visés par làrticle 85§1 et qui ne remplissent pas les conditions du paragraphe 3 dudit article.

65. Cette option constitue néanmoins un remède imparfait car elle limite la possibilité pour la Commission de recentrer son action sur les restrictions les plus graves en maintenant son monopole dèxemption et en faisant ainsi obstacle à la décentralisation.

4. *Làllégement des procédures*

66. Une des explications des difficultés de la Commission à régler, conformément aux dispositions du règlement n°17, les affaires dont elle est saisie par décision formelle réside dans la complexité des procédures instituées par ce règlement. Il a parfois été proposé dàlléger ces procédures afin de permettre à la Commission de traiter les affaires dans des délais brefs et de conférer aux entreprises la sécurité juridique. Au nombre des allégements évoqués figurent notamment la suppression des traductions dans toutes les langues communautaires tant pour les publications au titre de làrticle 19§3 que pour les décisions ou la simplification des consultations du comité consultatif. Quels que soient les allégements envisagés et làppréciation qùil convient dèn faire, ils ne réduiront pas les affaires notifiées et ne permettront donc pas à la Commission de concentrer son action sur les restrictions les plus graves qui, elles, ne sont qùexceptionnellement notifiées. Une telle option aurait même un effet pervers dans la mesure où toutes les notifications seraient traitées par décisions et où les entreprises seraient ainsi encouragées à notifier.

67. Une variante de cette option consiste dans la généralisation des procédures dòpposition. Il existe actuellement dans le cadre de certains règlements dèxemption par catégorie des procédures dites de non opposition aux termes desquelles les accords qui comportent des restrictions qui ne sont ni expressément

exemptées par le règlement ni expressément interdites peuvent être notifiés à la Commission[51]. Si cette dernière ne fait pas opposition dans un délai de 6 mois, les accords sont exemptés. Il a été proposé de généraliser ce système à l'ensemble des ententes.

68. Une telle option a cependant des effets très négatifs. Ainsi qu'il avait déjà été souligné dans le Livre vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales[52], la généralisation d'une telle procédure aurait un effet extrêmement centralisateur, créant une incitation importante pour les entreprises à notifier leurs ententes à la Commission. Elle ne permettrait donc pas de procéder à la décentralisation de l'application des règles de concurrence. En outre, la Commission ne dispose pas des ressources nécessaires pour instruire un grand nombre de dossiers dans le cadre des procédures de non-opposition et le coût des notifications demeure élevé pour les entreprises. Cette option ne permettrait donc pas le nécessaire recentrage de l'activité de la Commission sur la lutte contre les restrictions les plus graves.

B. Le passage à un système d'exception légale

69. Dans le cadre du régime d'interdiction prévu par le traité, il existe une autre option de réforme consistant dans l'adoption d'un système d'exception légale permettant un contrôle a posteriori des ententes. Le passage à un tel système peut se faire par un règlement du Conseil basé sur l'article 87 du traité qui disposerait que toute autorité administrative ou judiciaire appelée à appliquer les dispositions de l'article 85§1 du traité applique simultanément les dispositions de l'article 85§3. De cette façon, l'article 85 deviendrait une norme unitaire composée d'une règle établissant le principe d'interdiction et d'une exception destinée à tempérer la rigueur d'un tel principe. L'article 85 deviendrait ainsi, dans son intégralité, une disposition directement applicable dont les particuliers pourraient se prévaloir en justice ou devant toute autorité habilitée à cet effet. Cette interprétation aurait pour effet de rendre licites, dès leur conclusion et sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire, les ententes prohibées par le paragraphe 1 de l'article 85 mais remplissant les conditions du paragraphe 3 dudit article. Parallèlement, les ententes restrictives de concurrence seraient illicites dès qu'elles ne rempliraient plus les conditions de l'article 85§3. Cette nouvelle réglementation n'exigerait plus de notification en vue d'une validation des accords. Le régime d'application de l'article 85 dans son ensemble devient ainsi identique à celui de l'article 85§1 et de l'article 86.

---

51 Il s'agit des règlements (CEE) n°4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de franchise (JO n° L 359 du 28.12.1988, p. 46), n°417/85 de la Commission du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation (JO n° L 53 du 22.2.1985, p.1) et n°418/85 de la Commission du 19 décembre 1984 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement (JO n° L 53 du 22.2.1985, p.5).

52 Document COM(96) 721 final du 22.1.1997.

70. L'adoption d'un t el système en droit communautaire est aujourd'hui possible grâce à l'évolution du droit communautaire de la concurrence depuis 1962. Le cadre législatif en matière de concurrence a été considérablement renforcé et les réformes en cours dans le domaine des restrictions verticales et des accords de coopération horizontale contribueront à le simplifier et à le préciser davantage. Alors qu'il existait un doute légitime en 1960 sur la portée des conditions d'exemption de l'article 85, la pratique décisionnelle de la Commission, la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance ainsi que les divers règlements d'exemption par catégorie et communications à caractère général ont permis de définir de manière plus précise le contenu de ces conditions. De plus, les autorités et les juridictions nationales, les entreprises et leurs conseils juridiques ont progressivement acquis une meilleure connaissance du droit communautaire des ententes. Ces développements permettent désormais de surmonter les obstacles qui, à l'époque de l'adoption du règlement n°17, s'opposaient à l'institution d'un régime de contrôle a posteriori et trouvaient leur origine essentiellement dans les incertitudes quant à la portée exacte des conditions d'exemption de l'article 85§3.

71. Les réformes en cours dans le domaine des restrictions verticales et des accords de coopération horizontale contribueront à simplifier le cadre législatif et à préciser davantage le champ d'application de l'article 85§§1 et 3. La simplification consiste dans le fait que la Commission a l'intention d'adopter un nouveau type de règlement d'exemption qui ne sera plus basé sur une approche limitant l'exemption à certains contrats et clauses spécifiques identifiés dans le règlement. Le nouveau type d'exemption entend adopter une approche d'exemption générale pour tous les accords et toutes les clauses d'une certaine catégorie sous la seule réserve d'une liste de restrictions fondamentales interdites («clauses noires») et certaines conditions d'application d'une part et d'une limitation du bénéfice de l'exemption générale par un critère de seuil de part de marché d'autre part. Cette technique d'exemption permettra d'assurer la sécurité juridique à une plus grande catégorie d'accords et de restaurer une plus grande liberté de contracter aux entreprises, tout en maintenant une protection efficace de la concurrence à l'égard des accords conclus entre entreprises détenant un pouvoir de marché significatif. La nouvelle génération de règlements contribuera ainsi à simplifier les règles applicables pour la majorité des entreprises. Des communications viendront également préciser les conditions d'application de l'article 85 aux cas non couverts par les règlements d'exemption.

72. Dans ce contexte, l'adoption d'un régime d'exception légale et d'un contrôle a posteriori pourrait permettre de répondre aux défis posés à la politique de concurrence dans les décennies à venir. Dans un tel régime en effet, toute autorité administrative ou juridictionnelle investie des pouvoirs nécessaires pourrait effectuer une analyse complète de l'entente dont elle se trouverait saisie en appréciant tant ses effets restrictifs sous l'angle de l'article 85§1 que ses avantages économiques éventuels au regard de l'article 85§3. L'adoption d'un système d'exception légale se traduirait ainsi par la suppression de la compétence exclusive dont la Commission a été investie par l'article 9§1 du règlement n°17 en matière d'application de l'article 85§3. Ceci faciliterait donc la décentralisation de l'application des règles de concurrence. Un système d'exception légale permettrait également de supprimer la contrainte bureaucratique de la notification pour les entreprises, aucune autorisation n'étant plus requise pour faire exécuter en justice

les ententes qui remplissent les conditions d'application de l'article 85§3. Libérée du fardeau du traitement des notifications, la Commission pourrait, pour sa part, se consacrer à la répression des infractions les plus graves.

73. L'application de l'article 85 sera dans un régime d'exception légale similaire à celle de l'article 86 dont la Commission, les autorités nationales et les juridictions font déjà une application parallèle et concurrente.

Chapitre III- La modernisation des règles de concurrence

74. Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime que l'adoption d'un système d'exception légale est l'option qui pourrait permettre d'atteindre au mieux les objectifs de recentrage de l'action de la Commission, de décentralisation de l'application des règles de concurrence et d'allégement des contraintes administratives pesant sur les entreprises.

75. La réforme proposée dans le présent livre blanc et consistant dans l'adoption d'un régime d'exception légale repose sur trois piliers : la suppression du régime d'autorisation et de notification, l'application décentralisée des règles de concurrence et le renforcement du contrôle a posteriori. Elle s'accompagnera de la poursuite d'une approche rigoureusement économique de la mise en œuvre de l'article 85.

I. La suppression du régime d'autorisation et de notification

76. Le régime de notification institué par le règlement n°17 a permis à la Commission de développer une pratique décisionnelle cohérente et d'assurer une application homogène des règles dans l'ensemble des Etats membres de la Communauté. Ce système présente néanmoins un certain nombre d'inconvénients qui conduisent aujourd'hui à le remettre en cause. L'obligation qui incombe aux entreprises souhaitant se prévaloir des dispositions de l'article 85§3 du traité de notifier leur entente à la Commission représente une contrainte importante pour la mise en œuvre de leur politique commerciale et un coût non négligeable. La rédaction matérielle des notifications et le rassemblement des données qui doivent nécessairement y être jointes représentent une charge de travail et un coût imp...tants pour les entreprises, qu'elles choisissent de l'assurer elles-mêmes ou de la faire exécuter par leurs conseils juridiques externes. Dans un système d'exception légale, les entreprises sont déchargées de cette obligation de notification et disposent d'un moyen de défense supplémentaire devant les tribunaux pour obtenir l'exécution de leurs accords car elles peuvent plaider l'application de l'article 85§3.

77. Enfin, le système de notification, s'il s'est avéré utile aussi longtemps que l'application de l'article 85 et notamment de son paragraphe 3 était incertaine, ne permet plus de déceler les infractions les plus graves aux règles de concurrence et d'assurer ainsi une surveillance efficace au sens de l'article 87 du traité. En témoigne le fait que les notifications conduisent extrêmement rarement à des décisions d'interdiction[53] et que la Commission n'a utilisé qu'exceptionnellement l'article 15§6 du règlement n°17 qui lui permet de lever l'immunité des amendes dont bénéficient les entreprises notifiantes. Dans le cadre d'un régime de contrôle a posteriori, les entreprises doivent procéder elles-mêmes à l'appréciation de la

---

[53] En plus de 35 ans d'application du règlement n°17, il y a eu seulement 9 décisions d'interdiction d'accords notifiés (en l'absence de plainte).

compatibilité de leurs ententes avec le droit communautaire à la lumière des textes en vigueur et de la jurisprudence, ce qui allège certes les contraintes administratives auxquelles elles sont soumises mais leur fait également assumer une plus grande responsabilité.

78. Dans ce nouveau système de contrôle, la sécurité juridique des entreprises sera globalement maintenue à un niveau adéquat et à certains égards même renforcée. En effet, plutôt que de dépendre d'une décision d'exemption de la Commission, les entreprises pourront immédiatement obtenir exécution de leurs contrats devant les juridictions nationales, avec effet à la date de leur conclusion, si les conditions de l'article 85§3 sont remplies. Il n'existe aucune présomption de nullité des ententes au titre de l'article 85§1 : l'interdiction énoncée par cette disposition trouve seulement application lorsque les conditions de cette interdiction sont remplies. Après 40 ans de mise en œuvre, ces conditions ont été largement précisées par la pratique décisionnelle et la jurisprudence et sont connues des entreprises. De plus, la Commission envisage l'adoption de règlements d'exemption avec un champ d'application plus large. En utilisant des seuils de parts de marché, la Commission pourra éliminer l'effet de corset des règlements actuels et couvrir la grande majorité des accords, en particulier ceux conclus par les petites et moyennes entreprises. La Commission adoptera des lignes directrices et des décisions individuelles pour clarifier le champ d'application de l'article 85 §§1 et 3 en dehors des règlements d'exemption. Dans le traitement des cas individuels, la Commission adoptera une approche plus économique dans l'application de l'article 85§1, ce qui limitera le champ d'application de cette disposition aux entreprises disposant d'un certain pouvoir de marché. En outre, l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités et les juridictions nationales sera renforcée ce qui accélérera la convergence des droits nationaux et du droit communautaire, simplifiant ainsi pour les entreprises la détermination de leur politique commerciale. Enfin, il existera des mécanismes préventifs et correctifs pour assurer une application cohérente et uniforme du droit communautaire par les autorités et les juridictions nationales.

79. Le régime de l'exception légale devrait s'appliquer à toutes les ententes relevant actuellement de l'article 85 du traité. Toutefois, il apparaît souhaitable de soumettre à l'avenir les entreprises communes de production d'exercice partiel à un régime d'autorisation préalable. En effet, ces opérations impliquent généralement des investissements très importants et une intégration poussée des fonctions qui rendent délicate leur dissolution par une autorité de concurrence. On peut donc considérer que l'efficacité du contrôle serait mieux assurée, pour cette catégorie d'opérations, par un régime de notification préalable obligatoire.

80. Afin de ne pas imposer de contraintes inutiles aux enteprises, seules les entreprises communes de production impliquant l'apport d'un minimum d'actifs à l'entreprise commune seraient soumises à un contrôle préalable, et ce, sous réserve de ne pas bénéficier des dispositions d'un règlement d'exemption par catégorie.

81. Il n'apparaît pas opportun de créer un cadre procédural spécifique pour cette seule catégorie d'opérations. Or, les procédures instituées par le règlement (CEE) n°4064/89 sont adaptées à l'exercice d'un contrôle préalable rapide et efficace. C'est la raison pour laquelle il est envisagé d'étendre le champ d'application de ce texte aux entreprises communes d'exercice partiel de

production avec le double test de la dominance (article 2§3 du règlement (CEE) n°4064/89) et de l'article 85 (article 2§4 du règlement (CEE) n°4064/89).

II. L'application décentralisée des règles de concurrence

82. Le système du règlement n°17 repose sur une application centralisée de l'article 85§3 : aux termes de l'article 9§1 du règlement, la Commission détient une compétence exclusive pour exempter un accord restrictif de concurrence. L'adoption d'un système d'exception légale permet de modifier cette répartition des compétences de sorte que les autorités de concurrence et les juridictions puissent également apprécier les ententes dont elles sont saisies au regard de l'article 85 dans son ensemble.

A. Une nouvelle répartition des compétences

1. La détermination de la politique de concurrence par la Commission

83. Il est essentiel que la décentralisation ne puisse avoir pour effet de générer des incohérences dans l'application du droit communautaire de la concurrence. C'est la raison pour laquelle la politique de concurrence devra continuer à être déterminée au niveau communautaire tant par l'élaboration de textes législatifs que par l'adoption de décisions individuelles. La Commission en tant que gardienne des traités et garante de l'intérêt communautaire sous le contrôle de la Cour de Justice a un rôle particulier à jouer dans la mise en œuvre du droit communautaire et dans la garantie d'une application cohérente des règles de concurrence.

84. Dans un système d'exception légale, le cadre législatif revêt en effet une importance primordiale. L'application des règles doit être suffisamment prévisible et cohérente afin de permettre aux opérateurs économiques d'apprécier la légalité de leurs ententes. La Commission conservera le monopole de l'élaboration et de la proposition des textes législatifs sous toutes leurs formes (textes réglementaires, communications, lignes directrices...) et ne manquera pas d'y recourir pour assurer la cohérence et l'uniformité de l'application des règles de concurrence.

85. Au premier rang de ces textes législatifs figurent les règlements d'exemption par catégorie. Dans le nouveau système d'exception légale, compte tenu de l'importance revêtue par la législation, la sécurité juridique des entreprises exige qu'un accord exempté ne puisse être tenu pour contraire au droit national. Dans ce but, il conviendrait d'exploiter la possibilité conférée par l'article 87§2, lettre e) et d'inscrire dans un texte réglementaire l'impossibilité pour les législations nationales d'interdire ou d'altérer les effets des accords exemptés par un règlement communautaire. D'ailleurs, certains Etats membres ont déjà inscrit ce principe dans leurs législations. Ainsi, la loi belge 91/2790 du 5 août 1991 dispose que les exemptions communautaires empêchent l'action des autorités belges et que les accords exemptés sont dispensés de notification au titre du droit national. La loi danoise exclut de l'interdiction des ententes celles qui bénéficient des dispositions

d'un règlement d'exemption communautaire. Les lois espagnole et britannique contiennent des dispositions similaires.

86. La Commission compte également élaborer davantage de communications et de lignes directrices pour expliquer sa politique et orienter la mise en œuvre des règles de concurrence communautaires par les instances nationales. Ces instruments sont particulièrement bien adaptés à l'interprétation de règles de nature économique car ils permettent de mieux prendre en compte un ensemble de critères d'évaluation qui sont pertinents dans l'examen des règles de concurrence. Même si les communications et les lignes directrices ne lient pas les instances nationales, leur valeur et leur contribution à l'application cohérente du droit communautaire résultera du fait que la Commission adoptera des décisions individuelles confirmant l'approche retenue dans ces textes. Dans la mesure où ces décisions sont confirmées par la Cour de justice, les communications et lignes directrices font partie des règles originaires qui doivent être appliquées par les instances nationales.

87. La politique de la Commission en matère de concurrence continuera, dans un régime d'exception légale, à se traduire par l'adoption de décisions individuelles d'interdiction qui revêtiront une très grande importance en tant que précédents. Du fait du recentrage de l'activité de la Commission sur la lutte contre les restrictions les plus graves, le nombre de décisions individuelles d'interdiction devrait sensiblement augmenter.

88. S'il est vrai que la Commission ne pourra plus adopter de décisions d'exemption au titre de l'article 85§3 comme c'est le cas aujourd'hui, il sera nécessaire de lui permettre d'adopter des décisions individuelles qui ne soient pas des décisions d'interdiction. En effet, lorsqu'une opération présente une problématique nouvelle, il peut être nécessaire de donner une orientation au marché sur la politique de la Commission vis-à-vis de certaines restrictions. De telles décisions positives seraient donc prises pour des motifs d'intérêt général, de manière exceptionnelle.

89. Dans un système d'exception légale, les décisions positives de la Commission se limiteront à constater qu'une entente est compatible avec l'article 85 dans son ensemble, soit qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'article 85§1, soit qu'elle satisfasse aux conditions de l'article 85§3. Ces décisions seront de nature déclaratoire et auront la même valeur juridique que les décisions actuelles d'attestation négative.

90. D'autre part, il peut arriver qu'au cours d'une procédure d'interdiction, des entreprises proposent à la Commission des engagements qui sont de nature à lever les objections soulevées par une entente. Il est alors utile que la Commission puisse leur donner une force obligatoire afin d'une part de pouvoir contraindre les entreprises à les respecter et d'autre part de permettre aux parties et aux tiers de s'en prévaloir le cas échéant devant une instance nationale. Il est donc envisagé de créer dans le futur règlement d'application des articles 85 et 86 un nouveau type de décisions individuelles soumises aux conditions ordinaires de publication par lequel la Commission pourrait prendre acte des engagements pris par les entreprises et consacrer leur caractère obligatoire. Cet instrument permettrait de clôturer des procédures engagées en assurant le respect des engagements des entreprises. Le corollaire de cette modification est l'intégration dans le régime de sanction du

règlement dùne disposition permettant de sanctionner dàmende et dàstreinte le non respect des engagements par les entreprises.

2. *Le renforcement du rôle des autorités nationales dans làpplication des règles de concurrence*

91. Lìntervention des autorités de concurrence des Etats membres et de la Commission est fondée sur des motifs dòrdre public économique : elles nònt pas pour mission, comme les juridictions nationales, de trancher des litiges entre parties, mais de garantir le maintien dùn régime de concurrence non faussée. Jusquà présent, la coopération entre la Commission et les autorités nationales de concurrence sèst fondée sur des critères pragmatiques et est restée limitée du fait de lèxistence du monopole de la Commission pour làpplication de làrticle 85§3. Après 35 ans dàpplication des règles communautaires de concurrence, il est aujourdhui nécessaire de mieux utiliser la complémentarité existant entre les autorités nationales et la Commission et de favoriser làpplication des règles de concurrence par un réseau dàutorités dont làction serait inspirée par des principes communs et une collaboration étroite.

92. Le fonctionnement optimal dùn tel réseau implique toutefois trois types de mesures : a) làbandon du monopole de lèxemption par la Commission, b) le droit pour les autorités de prononcer le retrait du bénéfice dùn règlement communautaire dèxemption par catégorie et c) la possibilité pour làutorité saisie, quèlle soit nationale ou communautaire, de transmettre à une autre autorité un dossier et toute information confidentielle susceptible dêtre utilisée dans la poursuite dìnfractions aux règles communautaires de concurrence.

93. Dans un régime dèxception légale, les autorités nationales pourront elles-mêmes apprécier si un accord remplit ou non les conditions dàpplication de làrticle 85§3 et ne seront plus tenues dèn référer à la Commission. Elles pourront poursuivre lìnstruction sur plainte ou dòffice dùn cas dàpplication du droit communautaire sans se voir opposer par les auteurs de lèntente lèxistence dùne notification pendante auprès de la Commission.

94. Pour permettre ce renforcement du rôle des autorités nationales, il sera nécessaire de modifier le règlement n°17 afin de supprimer le monopole dèxemption et dìndiquer sans ambiguïté que toute autorité saisie dùn cas dàpplication de làrticle 85 doit examiner si les conditions de lèxemption sont réunies. Afin que cette réforme permette réellement dàméliorer làpplication décentralisée des règles de concurrence, il sera nécessaire que les 7 Etats membres qui ne lònt pas déjà fait dotent leurs autorités de concurrence du pouvoir dàppliquer le droit communautaire.

95. Un complément logique de làbandon du monopole dèxemption par la Commission est la possibilité pour les autorités nationales de prononcer le retrait du bénéfice dùn règlement dèxemption par catégorie sur leur marché national si celui-ci ou une partie de celui-ci constitue un marché distinct. En effet, les autorités de concurrence des Etats membres sont particulièrement bien placées pour apprécier, sur le territoire de leur Etat si, dans un cas particulier prévu par le règlement dèxemption, les accords visés par un règlement dèxemption ne remplissent pas les conditions de làrticle 85§3 et ne peuvent donc pas bénéficier

de l'exemption catégorielle. Cette possibilité a déjà été anticipée dans la communication de la Commission sur les restrictions verticales[54] et pourra être généralisée dans le cadre du nouveau règlement d'application des articles 85 et 86.

96. Enfin, il peut s'avérer qu'une autorité de concurrence nationale rencontre des difficultés lorsqu'elle est saisie d'une plainte impliquant des mesures d'instruction dans plusieurs Etats membres. Inversement, la Commission peut être saisie d'une affaire dont les effets sont essentiellement concentrés dans un seul Etat membre. Dans ces situations, la solution la plus efficace serait pour l'autorité saisie de transmettre le dossier pour compétence à l'autorité la mieux placée pour le traiter. Ceci présuppose que l'autorité à qui un dossier est transmis puisse utiliser directement l'ensemble des pièces qu'il comporte comme moyen de preuve. Actuellement, l'article 20 du règlement n°17 fait obstacle à l'utilisation par les autorités de concurrence des informations transmises par la Commission comme moyen de preuve[55].

97. Le nouveau règlement d'application des articles 85 et 86 du traité devrait donc permettre à la Commission lorsqu'elle constate qu'une affaire a un effet principalement national de transmettre l'ensemble du dossier, y compris les informations confidentielles, à l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel les effets de la pratique dénoncée se produisent afin que celle-ci poursuive l'enquête en utilisant directement les informations transmises comme moyen de preuve. Inversement, si après des investigations, une autorité nationale arrive à la conclusion qu'une affaire est de dimension communautaire et requiert une action de la Commission, elle devrait pouvoir transmettre le dossier à la Commission, à l'instar de ce que peut faire l'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre échange actuellement[56]. La seule limite qui devra être maintenue est celle posée par l'objet du mandat d'origine: les informations ne doivent être utilisées que dans le but où elles ont été recueillies et pour l'application des articles 85 et 86, voire le cas échéant des droits nationaux sur la concurrence, quelle que soit l'autorité qui a procédé à l'enquête.

98. La contrepartie de cette extension dans l'utilisation des informations devrait être l'inscription dans le nouveau règlement du principe de l'exclusion d'une double sanction mais aussi de l'imposition de remèdes distincts sous forme d'engagements pris par les entreprises vis à vis d'une autorité nationale ou de la Commission.

---

54 JO n° C 365 du 26.11.1998, p.3.

55 Arrêt de la Cour du 16 juillet 1992 dans l'affaire C-67/91, Dirección General de Defensa de la Competencia contre Asociación Española de Banca Privada (AEB) e.a. (Recueil 1992, I-4820, points 37 et suivants des motifs).

56 Protocole 23 concernant la coopération entre les autorités de surveillance (article 58 de l'accord sur l'Espace économique européen, JO n° L 1 du 3.1.1994 p. 186).

3. *Le renforcement du rôle des juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence*

99. Les juridictions nationales sont proches du citoyen européen et elles ont depuis l'origine du traité le rôle spécifique de protéger les droits subjectifs qui découlent directement du droit communautaire pour tous les justiciables[57]. Les juridictions nationales ont été reconnues par la Cour de justice comme un pilier indispensable pour l'application efficace du droit communautaire, y compris le droit de la concurrence. Elles appliquent l'article 85 dans trois types de procédures : les actions en responsabilité contractuelle (litige entre les parties), les actions en responsabilité non contractuelle (litige entre une ou plusieurs parties et un tiers) et les demandes de mesures provisoires.

100. En raison du monopole d'exemption inscrit dans le règlement n°17, les juridictions nationales ne peuvent pas appliquer positivement le paragraphe 3 de l'article 85. Comme elles n'ont pas le pouvoir d'appliquer l'article 85§3, les entreprises peuvent en pratique bloquer l'action judiciaire par une notification à la Commission. Ce phénomène est un obstacle majeur à une application accrue des règles de concurrence par les juridictions nationales. Dans un système d'exception légale, les entreprises pourront invoquer l'application directe de l'article 85§3 devant les tribunaux. Ce nouveau moyen de défense leur permettra de faire exécuter sans délai ceux de leurs accords restrictifs qui remplissent les conditions de l'article 85§3, accroissant ainsi leur sécurité juridique. Les plaignants pour leur part, pourront obtenir plus rapidement des dommages et intérêts lorsqu'ils sont victimes d'une entente illicite. Il faut rappeler à ce propos que, sous réserve des recours juridictionnels, les décisions des juridictions nationales ont autorité de chose jugée. Elles sont reconnues par les juridictions de tous les Etats membres en vertu des Conventions de Bruxelles[58] et de Lugano[59] sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

B. Application cohérente et uniforme des règles de concurrence

1. *Risque de conflits et principes de solution*

101. La décentralisation de l'application des règles de concurrence et l'abandon du système d'autorisation ne doivent pas faire obstacle au maintien de conditions de concurrence homogènes dans toute la Communauté. Le principe de primauté du

---

57 Arrêt de la Cour du 5 février 1963 dans l'affaire 26/62, Van Gend et Loos contre Administration fiscale néerlandaise (Recueil 1963, p. 3) et BRT/SABAM précité note 34.

58 Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO n° L 299 du 31.12.1972 p.32, modifiée en dernier lieu par la Convention d'adhésion de 1997, JO n° C 15 du 15.1.1997, p. 1.

59 Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988 (JO n° L 319 du 25.11.1988, p.9).

droit communautaire fait obstacle à ce que l'application du droit national puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci [60]. En revanche, dès lors que plusieurs instances (Commission, autorités et juridictions nationales) appliquent le droit communautaire, il existe deux type de conflits potentiels:

(1) Une autorité ou une juridiction nationale adopte une approche favorable (rejet d'une plainte au motif que l'accord ne tombe pas sous le coup de l'article 85§1 ou remplit les conditions d'application de l'article 85§3 ou jugement ordonnant l'exécution forcée d'un accord restrictif) vis-à-vis d'une entente que la Commission interdit ;

(2) Une autorité interdit un accord ou une juridiction ne donne pas exécution à un accord vis-à-vis duquel la Commission adopte une approche positive (rejet de plainte contre cette entente ou décision positive).

102. Il faut tout d'abord souligner le fait que l'application parallèle des règles communautaires de concurrence existe depuis 1962 pour les articles 85§1 et 86 et n'a soulevé que très peu de problèmes. Les principes de solution sont en effet les suivants :

(1) Lorsque la Commission a engagé une procédure ou a fortiori adopté une décision devenue définitive, la Cour a jugé dans l'affaire Delimitis[61], que le juge national a l'obligation d'éviter les conflits de décisions, si nécessaire en suspendant sa procédure pour demander des informations à la Commission ou en effectuant un recours préjudiciel au titre de l'article 177 du traité ; ce principe peut être transposé par analogie aux autorités de concurrence nationales qui ne peuvent toutefois pas effectuer de renvoi préjudiciel au titre de l'article 177.

(2) Lorsqu'une autorité nationale adopte une décision positive devenue définitive ou lorsqu'une juridiction rend un jugement «positif» (par exemple rejet de plainte au motif qu'une entente remplit les conditions de l'article 85§3) devenu définitif, la Commission peut toujours intervenir et interdire l'accord, sous réserve du principe de la res judicata pour les litiges entre les parties qui ont été jugés définitivement par une juridiction.

(3) Lorsqu'une autorité ou juridiction nationale rend une décision adoptant une position négative vis-à-vis d'une entente, la Commission estime normalement ne pas devoir intervenir autrement que devant la Cour de Justice dans le cadre d'un éventuel recours préjudiciel au titre de l'article 177.

(4) Tant qu'une décision nationale ou un jugement national n'est pas devenu définitif, la Commission peut à tout moment adopter une décision contraire.

---

[60] Cf. arrêt de la Cour du 13 février 1969 dans l'affaire 14/68, Walt Wilhelm (Recueil 1969, p.1).

[61] Arrêt précité note 38.

Dans ce cas, le principe de l'obligation d'éviter les conflits de décision pèse sur l'instance d'appel.

103. Ces principes de solution devraient permettre de résoudre les conflits susceptibles de surgir entre les différentes instances appliquant le droit communautaire de la concurrence. Il est cependant souhaitable d'instituer des mécanismes propres à éviter ces conflits. Il peut également se révéler nécessaire de renforcer le principe selon lequel l'application du droit national ou communautaire de la concurrence par les autorités ou les juridictions nationales doit être cohérente avec l'application du droit communautaire de la concurrence par la Commission sous le contrôle de la Cour de Justice.

2. *Mécanismes d'information et de coopération*

104. Afin d'assurer la cohérence de l'app lication des règles et l'unicité de la politique de concurrence, il existe déjà en droit communautaire deux principaux instruments : les articles 169 et 177 du traité. L'article 169 du traité permet à la Commission de saisir la Cour de justice des cas d'infraction aux règles communautaires par les Etats membres tandis que l'article 177 fait obligation aux juridictions statuant en dernier ressort et confrontées à un problème d'interprétation du droit communautaire de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. Ces deux procédures sont certes efficaces mais elles peuvent s'avérer très lentes pour maintenir ou restaurer la cohérence de la politique de concurrence qui requiert une coopération quotidienne entre les autorités compétentes. Il est nécessaire de mettre en place des mécanismes souples et rapides d'information et de coopération entre les autorités de concurrence, les juridictions et la Commission.

105. Concernant les autorités de concurrence, il est proposé de prévoir dans le règlement n°17 modifié une obligation d'information de la Commission des cas d'application des articles 85 et 86 par les autorités de concurrence des Etats membres, parallèle à celle qui existe pour la Commission au titre de l'article 10 de l'actuel règlement[62]. Cette information devra être communiquée lors de l'ouverture d'une procédure et avant sa fermeture. La Commission devra également être informée dans l'hypothèse où une autorité envisage de procéder au retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption. Grâce à cette information et aux échanges qui pourront avoir lieu avec les autorités nationales, la cohérence de la politique de concurrence devrait pouvoir être garantie sans qu'il soit besoin de recourir à des mécanismes autoritaires de résolution des conflits dans l'application du droit communautaire. La Commission conservera cependant la possibilité de dessaisir les autorités de concurrence en application d'un mécanisme équivalent à l'article 9§3 de l'actuel règlement n°17. Pour assurer la cohérence entre les procédures au titre du droit communautaire et les procédures au titre du droit national, il faudra prévoir également une obligation des autorités nationales d'informer la Commission, de leur propre initiative ou à la demande de celle-ci, des procédures

---

62 En Allemagne, le paragraphe 50(3) du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) tel que modifié par le sixième amendement (entré en vigueur le 1.1.1999) prévoit déjà l'information de la Commission sur les cas d'application du droit communautaire de manière à lui permettre de prendre position.

qu'elles mènent en application du droit national et qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur des procédures communautaires.

106. Il est évident que dans le cadre du fonctionnement du réseau entre la Commission et les Etats membres, le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes verra nécessairement son rôle se renforcer. Il deviendra en effet un véritable forum au sein duquel les cas importants seront discutés quelle que soit l'autorité de concurrence qui les traite. Ainsi, il continuera d'être consulté dans les mêmes conditions qu'aujourd'hui sur les projets législatifs et de décision de la Commission mais il pourrait être envisagé de permettre à celle-ci, de sa propre initiative ou à la demande d'un Etat membre d'inscrire un cas d'application du droit communautaire par une autorité de concurrence à l'ordre du jour d'une réunion du comité pour avis. Dans le cadre de la stratégie pré-adhésion, la Commission accordera une attention particulière au développement de la concurrence dans les pays candidats et apportera une assistance renforcée à leurs autorités de concurrence.

107. En ce qui concerne les juridictions nationales, afin de garantir que cette décentralisation de l'application des règles préserve la cohérence de l'interprétation des règles d'une part et de manière à soutenir les juridictions dans l'exercice de leur fonction, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes de coopération entre la Commission et les juridictions. En premier lieu, il est essentiel tout d'abord que la Commission puisse être informée des procédures d'application des articles 85 et 86 du traité devant les juridictions afin de déceler les éventuelles difficultés d'interprétation des textes ou les lacunes du cadre législatif. Il est donc envisagé d'inscrire une obligation pour le juge de procéder à une telle information dans le texte du règlement. Une obligation semblable existe d'ailleurs déjà par exemple en droit allemand[63]. Il serait d'autre part nécessaire de permettre à la Commission, sous réserve de l'accord du juge saisi, d'intervenir dans les procédures judiciaires dont elle aura connaissance grâce à l'information ainsi transmise par les juridictions. Une telle intervention en tant qu'amicus curiae pourrait efficacement contribuer au maintien de la cohérence de l'application des règles de droit. Il est par conséquent envisagé d'introduire une disposition spécifique à cet effet dans le règlement. Enfin, il est envisagé de reprendre dans le règlement n°17 modifié les règles figurant dans l'actuelle communication de la Commission sur la coopération avec les juridictions nationales précitée en tant qu'elle prévoit la possibilité pour les juridictions de s'adresser à la Commission en cours de procédure pour lui demander des renseignements d'ordre procédural, juridique ou économique. Par ailleurs, il convient de relever que dans certains Etats membres, il existe des formes de coopération entre les juridictions saisies d'une question de concurrence et les autorités de concurrence (cf. par exemple possibilité d'intervention du BKartA en Allemagne ou expertises du Conseil de la concurrence en France).

---

63 Le paragraphe 96 combiné avec le paragraphe 90 du GWB fait obligation aux juridictions d'informer le Bundeskartellamt des procédures dans lesquelles il est fait application du droit communautaire.

III. Le renforcement du contrôle a posteriori

108. L'adoption d'un système d'exception légale doit avoir comme corollaire indispensable le renforcement du contrôle a posteriori du respect des règles de concurrence. Dans la réforme proposée, les pouvoirs d'enquête de la Commission devront être renforcés, le dépôt des plaintes devra être facilité et le régime des sanctions devra être aménagé.

A. Le renforcement des moyens d'investigation

109. Pour que la Commission puisse lutter efficacement contre les restrictions de concurrence cachées, il n'est pas seulement nécessaire de lui permettre de consacrer ses ressources à l'instruction des plaintes et des procédures d'office, il est également important d'accroître ses pouvoirs d'enquête.

110. Actuellement, lorsque la Commission veut effectuer des vérifications au titre de l'article 14§3, les autorités nationales de concurrence qui leur prêtent assistance doivent, dans la plupart des Etats membres[64], obtenir une autorisation judiciaire afin de surmonter une éventuelle opposition de la part de l'entreprise[65]. Dans les affaires impliquant plusieurs entreprises, des vérifications doivent le plus souvent être menées simultanément dans différents Etats membres et ces autorisations doivent en conséquence être demandées à plusieurs juges dont la compétence est limitée au contrôle de l'authenticité de la décision et du caractère ni arbitraire ni excessif de la vérification envisagée[66].

111. Afin de garantir la simultanéité et la cohérence des vérifications et de renforcer les garanties offertes aux entreprises qui y sont soumises, plusieurs options sont envisageables. Il serait tout d'abord possible de centraliser ce contrôle judiciaire en le confiant à une juridiction communautaire. Cette solution, tout en protégeant les droits des entreprises objet des vérifications, aurait le mérite de simplifier considérablement les procédures de vérification et de régler définitivement les problèmes d'incohérence et de manque de simultanéité. Une autre option envisageable consisterait à harmoniser et à simplifier les droits nationaux de procédure de manière à garantir la délivrance rapide et simultanée des ordonnances dans les Etats où elles sont nécessaires. Cette deuxième voie est beaucoup plus délicate et supposerait des modifications profondes du droit de procédure judiciaire dans certains Etats membres.

---

64 Belgique, Danemark, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Luxemburg, Portugal, Espagne et Royaume-Uni.

65 Cette situation résulte de la jurisprudence Hoechst (arrêt de la Cour du 21 septembre 1989 dans les affaires jointes 46/87 et 227/88, Hoechst contre Commission des Communautés européennes, Recueil 1989, p.2859) qui laisse au droit national le soin de définir les modalités procédurales appropriées pour garantir le respect des droits des entreprises.

66 Arrêt de la Cour du 21 septembre 1989 dans les affaires jointes 46/87 et 227/87, Hoechst AG contre Commission des Communautés Européennes (Recueil 1989, p 2859, point 35).

112. Le droit pour les agents mandatés de la Commission de poser en cours de vérification des questions orales aux représentants ou aux collaborateurs des entreprises autres que celles se rapportant directement aux documents se trouvant dans l'entreprise a parfois été contesté et le dispositif de sanctions administratives applicables à la production d'informations inexactes présente une lacune à cet égard.

113. Il est donc envisagé de modifier l'article 14 du règlement n°17 de manière à faire ressortir sans ambiguïté qu'au cours d'une vérification, les agents mandatés de la Commission disposent du pouvoir de poser toute question orale aux représentants et aux collaborateurs de l'entreprise pour autant que l'objet de telles questions soit justifié par le but et soit en rapport avec l'objet de la vérification et d'exiger une réponse complète et exacte. Une disposition complémentaire pourrait également être introduite qui préciserait que les agents mandatés sont habilités à dresser des procès-verbaux reprenant les réponses fournies au cours des vérifications. Ces procès-verbaux seraient versés au dossier et pourraient être utilisés dans la suite de la procédure. Le corollaire de cette nouvelle disposition est de soumettre au régime des sanctions pour production de renseignements inexacts les réponses données au cours des vérifications.

114. En outre, afin de renforcer l'efficacité de ses moyens d'enquête, la Commission devrait être dotée du pouvoir de convoquer toute personne susceptible de lui fournir des informations utiles à son enquête dans les locaux de la Commission afin de recueillir par procès-verbal ses déclarations[67]. Cette possibilité pourrait être utilisée vis-à-vis des entreprises objet de la procédure: il s'agirait en quelque sorte d'un complément de l'article 14 permettant notamment d'interroger des personnes qui n'étaient pas présentes dans l'entreprise lors d'une vérification. Elle trouverait également à s'appliquer vis-à-vis de plaignants ou de tiers.

115. Dans un système d'exception légale, la détection des infractions reposera en grande partie sur la surveillance des marchés. L'instrument des enquêtes par secteur a été très rarement utilisé depuis 1962 mais il revêtira dans ce nouveau contexte une plus grande importance. Le dispositif actuel devrait par conséquent être maintenu.

116. L'expérience montre que les demandes de renseignements de la Commission aux entreprises au titre de l'article 11 ne soulèvent pas de difficulté majeure. Le principe selon lequel les entreprises sont tenues de répondre a été maintes fois rappelé par la Cour de justice qui n'a admis qu'une exception en ce qui concerne les questions directement incriminantes[68]. Les procédures de sanction en cas de réponse inexacte ou incomplète sont efficaces. Le seul aspect qui mérite d'être considéré dans ce contexte concerne le paragraphe 4 de l'article 11 qui dispose que sont tenus de fournir les renseignements demandés les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de

---

[67] La plupart des législations nationales sur la concurrence donnent aux autorités le pouvoir de convoquer les personnes susceptibles de fournir des renseignements utiles à l'enquête. C'est notamment le cas des droits belge, français et allemand.

[68] Arrêt de la Cour du 18 octobre 1989 dans l'affaire 374/87, Orkem contre Commission des Communautés européennes (Recueil 1989, p.3283).

sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Or, un tel libellé fait obstacle à ce que les avocats dûment mandatés puissent répondre au nom de leur client bien que très souvent, ce soient ces mêmes avocats qui soient chargés de la rédaction matérielle des réponses fournies aux demandes de renseignements de la Commission. Il est donc envisagé d'amender la rédaction de l'article 11 afin de permettre aux avocats dûment mandatés de répondre au nom de leurs clients lorsque ceux-ci le souhaitent.

B. L'importance accrue des plaintes dans le nouveau système

117. Les plaintes formelles représentent actuellement près de 30% des affaires nouvelles dont la Commission est saisie et les éléments transmis à la Commission de manière informelle sont à l'origine de la plupart des procédures d'office. Les informations qui lui sont transmises dans ce cadre sont très précieuses pour la détection des infractions aux règles de concurrence. Il faut donc garantir que toute personne, physique ou morale, identifiant une pratique concurrentielle susceptible d'être visée prima facie par les articles 85 ou 86 du traité et faisant valoir un intérêt légitime continue d'être recevable à déposer une plainte devant la Commission.

118. Dans le cadre du recentrage de l'activité de la Commission sur la lutte contre les restrictions les plus graves, les plaintes vont acquérir une importance encore plus grande que celle qu'elles ont actuellement. Pour cette raison, le nouveau régime devra faciliter le dépôt des plaintes. Une série de mesures pourraient contribuer à inciter les victimes d'infractions à s'adresser à la Commission. Il pourrait s'agir notamment de la publication d'une communication explicative sur les plaintes par la Commission, de l'introduction de délais de traitement, de la simplification de la procédure de rejet de plainte et de l'adoption de dispositions relatives aux mesures provisoires.

119. La Commission devrait améliorer l'information des plaignants potentiels sur les modalités de son action. La jurisprudence ayant reconnu à la Commission la possibilité de déterminer des priorités dans la répression des infractions en prenant en considération la notion d'intérêt communautaire suffisant[69], il semble aujourd'hui nécessaire de préciser cette notion dans une communication de manière à ce que les plaignants puissent déterminer plus aisément quelle instance, nationale ou communautaire, ils ont intérêt à saisir de leur demande. Cette communication pourrait guider les plaignants dans le choix de l'instance à laquelle ils doivent s'adresser. Une telle communication sur les plaintes devrait indiquer par ailleurs ce que les plaignants peuvent attendre d'une intervention de la Commission, à savoir un ordre de cessation valable erga omnes sans octroi de dommages et intérêts. Elle devrait également aider dans la rédaction de leur demande en leur indiquant notamment quelles sont les informations dont la Commission a généralement besoin pour établir l'existence d'une infraction. Enfin, elle devrait rappeler la

---

[69] Arrêt du Tribunal du 18 septembre 1992 dans l'affaire T-24/90, Automec Srl contre Commission des Communautés européennes (Recueil 1992, p.II-2223).

sévérité de la Commission dans l'imposition d'amendes vis-à-vis des entreprises qui ont usé de mesures de rétorsion à l'encontre des plaignants.

120. Actuellement, la Commission n'est soumise qu'à l'obligation d'examiner les plaintes qui lui sont soumises dans un délai raisonnable. Or, les plaignants s'estimant victimes d'une infraction aux règles de concurrence communautaires ont besoin de savoir rapidement si la Commission va instruire leur plainte, c.à.d. procéder à des vérifications ou à des demandes de renseignements afin d'établir l'existence des pratiques incriminées ou si elle a l'intention de rejeter leur plainte au motif que le plaignant lui-même n'a pas d'intérêt légitime à faire valoir, que sa plainte n'est pas fondée ou qu'elle est dépourvue d'intérêt communautaire. Dans ce dernier cas, il est impératif que le plaignant puisse rapidement s'adresser à l'autorité de concurrence nationale ou à la juridiction qui pourra donner suite à sa demande. Il est envisagé d'instituer un délai de 4 mois au terme duquel la Commission aurait l'obligation d'informer le plaignant de la suite qu'elle entend donner à sa demande. Dans l'hypothèse où elle n'entend pas poursuivre l'instruction de la plainte, la Commission adresserait au plaignant une lettre motivée l'informant du classement du dossier. Cette lettre serait susceptible de recours devant le Tribunal de première instance. Dans l'hypothèse où elle considère que des mesures d'instruction sont nécessaires, la Commission en informera également le plaignant dans ce même délai de 4 mois, sans préjuger de la suite de la procédure. Si après une instruction plus détaillée, et qui, elle, ne peut dépasser un délai raisonnable[70], la Commission estimait ne pas pouvoir donner une suite à la plainte, elle en informerait également le plaignant par lettre motivée qui serait également susceptible de recours devant le Tribunal de Première Instance.

121. La procédure actuelle est alourdie par l'obligation d'adresser au plaignant une lettre exposant la position provisoire de la Commission (lettre article 6 du règlement (CE) n°2842/98[71]), la réception de ses commentaires et l'adoption d'une décision formelle. Cette procédure est très contraignante et mobilise une partie importante des ressources de la Commission. A cet égard, il convient de remarquer que les décisions de rejet de plainte ont compté pour plus de la moitié du total des décisions formelles de la Commission ces dernières années. L'introduction d'un délai de quatre mois devra donc s'accompagner d'une simplification de la procédure de rejet de plainte et en particulier d'un assouplissement dans l'organisation du contradictoire.

122. Il arrive très souvent que les plaignants assortissent leur plainte d'une demande de mesures provisoires afin de faire cesser sans délai l'infraction dont ils s'estiment victimes. Bien que le règlement n°17 ne confère pas explicitement à la Commission le pouvoir d'ordonner de telles mesures, la jurisprudence a reconnu à

---

70 Arrêt du Tribunal du 22 octobre 1997 dans les affaires T-213/95 et T-18/96 SCK et FNK contre Commission des Communautés européennes (Recueil 1997, II-1739) et arrêt de la Cour du 17 décembre 1998 dans l'affaire C-185/95-P Baustahlgewebe GmbH contre Commission des Communautés européennes (non encore publié au recueil).

71 Règlement (CE) n°2842/98 de la Commission du 22 décembre 1998 relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE (JO n° L 354 du 30.12.1998, p.18).

la Commission le pouvoir de prononcer des mesures provisoires[72] sur base d'un constat prima facie d'infraction en cas d'urgence lorsqu'il existe le risque d'un préjudice grave et irréparable. Il apparaît aujourd'hui nécessaire d'inscrire dans le règlement n°17 non seulement les conditions d'octroi de mesures provisoires mais également la procédure pour leur adoption et la durée de leur validité. La pratique actuelle s'est révélée efficace.

C. Les sanctions

123. L'article 15§2 du règlement n°17 dispose que la Commission peut imposer des amendes dont le montant peut atteindre 10% du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à une infraction aux articles 85§1 et 86. La politique de la Commission en matière d'amendes a été progressivement clarifiée par la pratique décisionnelle, les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15§2 du règlement n°17 et de l'article 65§5 du traité CECA[73] et enfin la communication concernant la non imposition ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes[74]. Il n'est pas envisagé de modifier ce montant maximal qui s'est révélé approprié. L'adoption d'un système d'exception légale implique en revanche la suppression de l'immunité des amendes liée à la notification, cette dernière disparaissant. Ceci renforce l'effet utile de l'interdiction et donc le caractère préventif de la règle d'interdiction.

124. Les amendes de procédures requièrent une adaptation. Actuellement, le règlement n°17 sanctionne d'une amende de 100 à 1.000 euros le fait pour une entreprise de fournir des informations inexactes ou de présenter de façon incomplète les documents requis lors d'une vérification. Ces montants n'ont jamais été révisés depuis 1962 et apparaissent aujourd'hui trop faibles pour exercer un véritable effet dissuasif. Il est envisagé de s'aligner sur le règlement (CEE) n°4064/89[75] dont les dispositions correspondantes prévoient des amendes de 1.000 à 50.000 euros en pareille hypothèse.

125. Il en va de même pour les montants d'astreinte susceptibles d'être infligées à une entreprise qui ne produit pas des renseignements demandés par décision ou refuse de se soumettre à une vérification au titre de l'article 14§3. Les dispositions correspondantes du règlement sur le contrôle des concentrations prévoient des astreintes d'un montant maximal de 25.000 euros. Le nouveau règlement d'application des articles 85 et 86 pourrait retenir ce montant.

---

72 Ordonnance de la Cour du 17 janvier 1980 dans l'affaire 792/79R, Camera Care Ltd contre Commission des Communautés Européennes (Recueil 1980, p.119).

73 JO n° C 9 du 14.1.1998, p. 3.

74 JO n° C 207 du 18.7.1996, p. 4.

75 Règlement (CEE) n°4064/89 précité.

126. Le règlement (CEE) n°4064/89 prévoit une deuxième catégorie d'astreintes susceptibles d'être infligées aux entreprises n'exécutant pas une charge imposée par décision (article 15§2). Le montant maximal de ces astreintes est de 100.000 euros. Il existe une certaine similitude entre les charges susceptibles d'être imposées aux entreprises dans le cadre de l'autorisation d'une opération de concentration et les décisions d'acceptation d'engagements qu'il est envisagé de créer. C'est pourquoi, sur le modèle du règlement (CEE) n°4064/89, une seconde catégorie d'astreintes pourrait être créée.

127. Lorsque des amendes sont infligées à des associations d'entreprises, le chiffre d'affaire à prendre en compte est celui des entreprises membres de l'association. Cependant, l'article 15 du règlement n°17 ne prévoit pas le principe de la responsabilité in solidum des membres de l'association ce qui peut empêcher de procéder au recouvrement de l'amende [76].

128. Il est donc envisagé d'inscrire dans le texte du nouveau règlement d'application des articles 85 et 86 du traité que lorsqu'une infraction est imputable à une association d'entreprises, les entreprises qui étaient membres de cette association à la date où l'infraction a été commise, sont solidairement responsables du paiement de l'amende. Afin de protéger les droits de la défense des membres de l'association, une telle réforme impliquerait que ceux-ci soient informés de l'ouverture de la procédure et notamment de l'envoi d'une communication des griefs au moyen d'une publication au Journal officiel. L'association fournirait en cas de besoin de plus amples informations à ceux des membres qui en feraient la demande.

IV. Transition vers le régime d'exception légale

129. Au jour de l'entrée en vigueur du nouveau règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, il existera un certain nombre de notifications pendantes devant la Commission, déposées par les entreprises afin d'obtenir le bénéfice de l'article 85§3. Or, dans le nouveau système, l'article 85 dans son ensemble sera directement applicable : la licéité des ententes ne sera donc plus conditionnée par l'existence d'une décision de la Commission. Dès lors toutes les notifications pendantes deviendront caduques. Dans la période comprise entre la publication du présent livre blanc et l'entrée en vigueur du nouveau règlement, la Commission poursuivra son activité d'exemption au même rythme et selon les mêmes modalités que jusqu'à présent.

V. Règles sectorielles

130. Concernant le secteur agricole, l'article 42 du traité stipule que les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée

---

[76] Ce problème s'est posé notamment dans le cadre des affaires T-213/95 et T-18/96, SCK et FNK contre Commission, (Recueil 1997, p.II-1739).

par le Conseil. C'est le règlement n°26 du 4 avril 1962[77] qui a rendu les dispositions des articles 85 à 90 du traité applicables au secteur agricole. Ce texte consacre dans son article 1er l'applicabilité des articles du traité et des dispositions prises pour leur application, y compris le règlement n°17, à la production et au commerce des produits agricoles. Il résulte du renvoi effectué par l'article 1er aux règles d'application des articles 85 et 86 que les modifications du règlement n°17 s'appliqueront automatiquement au secteur agricole. Les exceptions spécifiques prévues à l'article 2 du règlement n°26 resteront inchangées et la Commission conservera sa compétence exclusive pour les appliquer.

131. Dans le secteur des transports, les règles de la concurrence qui sont appliquées sont identiques à celles appliquées dans d'autres secteurs[78], les restrictions de la concurrence et les marchés sont définis d'une façon identique. Il n'y a donc aucune raison pour ne pas soumettre les règlements transport[79] aux mêmes réformes que le règlement n17 et les réformes envisagées du règlement n°17 devraient également s'appliquer aux règlements transports.

132. Cependant, les règlements «transports » (CEE) n°1017/68 (chemin de fer, route et voie navigable), (CEE) n°4056/86 (transports maritime) et (CEE) n°3975/87 (transports aériens) contiennent également des dispositions complémentaires qui ne se trouvent pas dans le règlement n°17. Il s'agit d'une part des exemptions par catégorie[80] et d'autre part des dispositions de procédure spécifiques[81]. Les principales différences de procédure peuvent être résumées comme suit :

(1) La Commission peut accorder une exemption sans avoir reçu une notification (par exemple, à la suite d'une plainte ou de sa propre initiative);

(2) Le règlement (CEE) n°1017/68 contient une clause relative aux cartels de crise ;

---

77 JO L n°30 du 20.4.1962, p.993/62.

78 Arrêt de la Cour du 4 avril 1974 dans l'affaire 167/73, Commission des Communautés européennes contre République française (Recueil 1974, p. 359, point 32); arrêt de la Cour du 30 avril 1986 dans les affaires jointes 209 à 213/84 Ministère public contre LucasAsjes et autres (Recueil 1986, p.1425, point 42 à 45); arrêt de la Cour du 11 avril 1989 dans l'affaire 66/86, Ahmed Saeed et Silver Line Reisebüro GmbH contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. (Recueil 1989, p.803, points 32 et 33).

79 Règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application des règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route par voie navigable, (JO n° L 175 du 23.7.1968, p.1) ; règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, (JO n° L 378 du 31.12.1986, p.4) ; règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens (JO n° L 374 du 31.12.1987, p.1).

80 Notamment, articles 4, 6, 9 et 14 du règlement (CEE) n°1017/68 et articles premier, 3, 4, 5, 6 et 8 du règlement (CEE) n°4056/86.

81 Notamment, articles 17 et 18 du règlement (CEE) n°1017/68 et de l'article 9 du règlement (CEE) n°4056/86.

(3) Dans les règlements transports terrestres et maritimes, il n'y a pas de disposition spécifique pour les attestations négatives;

(4) Chacun des règlements transport comporte des procédures d'opposition. Dans le cadre de cette procédure, un résumé de la demande d'exemption est publié au Journal officiel et les tiers sont invitées à faire part de leurs observations: les accords notifiés sont considérés comme légalement exemptés pour une période spécifique sauf si la Commission s'y oppose dans un délai de 90 jours après la publication;

(5) Le règlement (CEE) n°3975/87 comporte un régime spécifique pour certaines applications de mesures provisoires.

(6) Le règlement (CEE) n°4056/86 a une double base légale – articles 84(2) et 87 CE – et une clause spécifique concernant les conflits de droit avec les pays tiers. Le règlement (CEE) n°1017/68 est fondé sur les articles 75 et 87.

(7) Dans le règlement (CEE) n°1017/68, la Commission ne peut pas adopter une décision dans le délai minimum de 20 jours qui suit la réunion du Comité consultatif. Ceci afin de permettre aux Etats membres de demander la convocation du Conseil pour examiner si l'affaire en cause soulève des questions de principe. Dans ce cas, la Commission doit prendre en compte dans sa décision les orientations qui se sont dégagées au Conseil.

(8) Les services maritimes de tramp et le transport aérien international entre la Communauté et les pays tiers restent soumis au régime transitoire de l'article 89.

133. Il n'y a pas de doute que les différences de procédures entre les règlements transport et le règlement n°17 reflètent les préoccupations politiques qui dominaient à l'époque de leur adoption. Le règlement (CEE) n°1017/68, en particulier, fut le premier règlement d'application des règles de concurrence dans le domaine des transports et a été adopté avant la confirmation expresse par la Cour de justice que les règles de concurrence s'appliquent au secteur des transports. Depuis l'adoption des différents règlements transports, des progrès ont été accomplis dans la libéralisation des secteurs aériens et ferroviaires; le transport maritime a depuis longtemps été libéralisé. Dans une large mesure, les préoccupations spécifiques à ces secteurs ont disparu.

134. L'application au secteur des transports des règles procédurales du règlement 17 modifié supprimera automatiquement les cinq premières différences soulignées ci-dessus. Pour ce qui concerne les autres différences, il est envisagé de prendre les mesures suivantes:

(1) Les doubles bases légales des règlements (CEE) n°1017/68 et (CEE) n°4056/86 n'ayant jamais été utilisée n'ont pas de raison d'être préservées.

(2) La possibilité laissée au Conseil d'intervenir à la suite de la réunion du Comité consultatif dans des affaires individuelles n'a jamais été utilisée et devrait être supprimée, conformément à la décision 87/373/CEE du Conseil

du 13 juillet 1987 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission.

(3) Le règlement appelé à remplacer le règlement n°17 devrait établir de façon claire qu'il ne couvre pas les services maritime de tramp et le transport aérien international entre la Communauté et les pays tiers.

135. Les ententes actuellement soumises au régime de l'article 65 du traité CECA entreront également dans le champ d'application du futur règlement d'application des articles 85 et 86 du traité en juillet 2002, à l'expiration du traité CECA.

Conclusion

136. La politique de concurrence occupe une place de premier plan dans la perspective de l'intégration économique voulue par les textes fondateurs, et la place accordée aux « Règles de concurrence » dans la partie du Traité intitulée « La politique de la Communauté » ne doit rien au hasard. L'importance accordée aux règles dérivées par rapport aux traités constitutifs montre à l'évidence que les auteurs du traité étaient conscients de la nécessité d'adapter les règles de mise en œuvre de la politique de concurrence aux évolutions majeures de la vie économique, du monde des affaires et de la dimension géographique de l'Europe. Après plus de trente-cinq années de mise en œuvre du règlement n° 17, un nombre important de dispositions d'application des règles de concurrence ne sont aujourd'hui manifestement plus adaptées ni à l'évolution objective du monde des affaires, ni aux impératifs d'une Communauté élargie, destinée à connaître encore d'autres adhésions et dont les marchés nationaux sont déjà grandement intégrés.

137. Les considérations qui ont conduit en 1962 à l'adoption d'un régime d'autorisation centralisé n'ont plus aujourd'hui le même poids : les autorités de concurrence communautaires et nationales sont désormais familières de l'application d'un droit de la concurrence que la pratique décisionnelle de la Commission, la jurisprudence et les textes législatifs sont venus préciser et clarifier. La perspective de l'achèvement de Union économique et monétaire et de l'élargissement exigent également la réforme d'un système qui avait été conçu pour une Communauté de six Etats membres.

138. Le présent livre blanc expose les réflexions de la Commission et décrit le système qu'elle estime être le mieux adapté à l'Union à l'aube du XXIème siècle. Ce système reposerait sur trois piliers : la suppression du régime d'autorisation et de notification pour adopter un régime d'exception légale, le développement de l'application décentralisée des règles de concurrence et le renforcement du contrôle a posteriori. La Commission est persuadée que seule une réforme profonde du système actuel reposant sur les principes essentiels de sa proposition décrite dans le livre blanc permettra d'assurer une application efficace des règles de concurrence dans toute la Communauté tout en allégeant au maximum les contraintes administratives pesant sur les entreprises et en leur garantissant un niveau satisfaisant de sécurité juridique.

139. La mise en œuvre de cette réforme impliquera des modifications profondes non seulement du règlement n°17 mais également des règlements «transports » et des instruments adoptés en exécution de ces règlements. Elle devra également s'accompagner d'un renforcement du cadre législatif, déjà en cours avec la modification des règles applicables aux restrictions verticales et à l'étude pour les accords de coopération horizontale.

140. Le présent livre blanc doit constituer le point de départ d'un large débat entre la Commission, les Etats membres et les parties intéressées. La Commission souhaite recevoir des commentaires sur tous les aspects de la réforme proposée et les options discutées dans ce document.

141. Toutes les observations au sujet de ce Livre blanc doivent être adressées avant le 30.09.1999 :

- Par courrier à l'adresse suivante

Direction générale de la Concurrence
Commission européenne
Livre blanc sur la modernisation
C150 -
Rue de la loi, 200
B-1049 Bruxelles
Belgique

- Par courrier électronique

modernisation@dg4.cec.be

142. Le présent livre blanc est également disponible dans toutes les langues de la Communauté sur le World Wide Web à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/dg04/entente/other.htm#dgiv_pdf_wb_modernisation

Annexe V - Australie

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 45
Contracts, arrangements or understandings that restrict dealings or affect competition

(1) If a provision of a contract made before the commencement of the *Trade Practices Amendment Act 1977*:

- (a) is an exclusionary provision; or
- (b) has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition;

that provision is unenforceable in so far as it confers rights or benefits or imposes duties or obligations on a corporation.

(2) A corporation shall not:

- (a) make a contract or arrangement, or arrive at an understanding, if:
  - (i) the proposed contract, arrangement or understanding contains an exclusionary provision; or
  - (ii) a provision of the proposed contract, arrangement or understanding has the purpose, or would have or be likely to have the effect, of substantially lessening competition; or
- (b) give effect to a provision of a contract, arrangement or understanding, whether the contract or arrangement was made, or the understanding was arrived at, before or after the commencement of this section, if that provision:
  - (i) is an exclusionary provision; or
  - (ii) has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition.

(3) For the purposes of this section and section 45A, *competition*, in relation to a provision of a contract, arrangement or understanding or of a proposed contract, arrangement or understanding, means competition in any market in which a corporation that is a party to the contract, arrangement or understanding or would be a party to the proposed contract, arrangement or understanding, or any body corporate related to such a corporation, supplies or acquires, or is likely to supply or acquire, goods or services or would, but for the provision, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services.

(4) For the purposes of the application of this section in relation to a particular corporation, a provision of a contract, arrangement or understanding or of a proposed contract, arrangement or understanding shall be deemed to have or to be likely to have the effect of substantially lessening competition if that provision and any one or more of the following provisions, namely:

- (a) the other provisions of that contract, arrangement or understanding or proposed contract, arrangement or understanding; and
- (b) the provisions of any other contract, arrangement or understanding or proposed contract, arrangement or understanding to which the corporation or a body corporate related to the corporation is or would be a party;

together have or are likely to have that effect.

(5) This section does not apply to or in relation to:

- (a) a provision of a contract where the provision constitutes a covenant to which section 45B applies or, but for subsection 45B(9), would apply;
- (b) a provision of a proposed contract where the provision would constitute a covenant to which section 45B would apply or, but for subsection 45B(9), would apply; or
- (c) a provision of a contract, arrangement or understanding or of a proposed contract, arrangement or understanding in so far as the provision relates to:
  - (i) conduct that contravenes section 48; or
  - (ii) conduct that would contravene section 48 but for the operation of subsection 88(8A); or
  - (iii) conduct that would contravene section 48 if this Act defined the acts constituting the practice of resale price maintenance by reference to the maximum price at which goods or services are to be sold or supplied or are to be advertised, displayed or offered for sale or supply.

(6) The making of a contract, arrangement or understanding does not constitute a contravention of this section by reason that the contract, arrangement or understanding contains a provision the giving effect to which would, or would but for the operation of subsection 47(10) or 88(8) or section 93, constitute a contravention of section 47 and this section does not apply to or in relation to the giving effect to a provision of a contract, arrangement or understanding by way of:

(a) engaging in conduct that contravenes, or would but for the operation of subsection 47(10) or 88(8) or section 93 contravene, section 47; or

(b) doing an act by reason of a breach or threatened breach of a condition referred to in subsection 47(2), (4), (6) or (8), being an act done by a person at a time when:

(i) an authorization under subsection 88(8) is in force in relation to conduct engaged in by that person on that condition; or

(ii) by reason of subsection 93(7) conduct engaged in by that person on that condition is not to be taken to have the effect of substantially lessening competition within the meaning of section 47; or

(iii) a notice under subsection 93(1) is in force in relation to conduct engaged in by that person on that condition.

(7) This section does not apply to or in relation to a contract, arrangement or understanding in so far as the contract, arrangement or understanding provides, or to or in relation to a proposed contract, arrangement or understanding in so far as the proposed contract, arrangement or understanding would provide, directly or indirectly for the acquisition of any shares in the capital of a body corporate or any assets of a person.

(8) This section does not apply to or in relation to a contract, arrangement or understanding, or a proposed contract, arrangement or understanding, the only parties to which are or would be bodies corporate that are related to each other.

(9) The making by a corporation of a contract that contains a provision in relation to which subsection 88(1) applies is not a contravention of subsection (2) of this section if:

(a) the contract is subject to a condition that the provision will not come into force unless and until the corporation is granted an authorization to give effect to the provision; and

(b) the corporation applies for the grant of such an authorization within 14 days after the contract is made;

but nothing in this subsection prevents the giving effect by a corporation to such a provision from constituting a contravention of subsection (2).

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 45A
Contracts, arrangements or understandings in relation to prices

(1) Without limiting the generality of section 45, a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, shall be deemed for the purposes of that section to have the purpose, or to have or to be likely to have the effect, of substantially lessening competition if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, as the case may be, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied or acquired or to be supplied or acquired by the parties to the contract, arrangement or understanding or the proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding, or by any of them, or by any bodies corporate that are related to any of them, in competition with each other.

(2) Subsection (1) does not apply to a provision of a contract or arrangement made or of an understanding arrived at, or of a proposed contract of arrangement to be made or of a proposed understanding to be arrived at, for the purposes of a joint venture to the extent that the provision relates or would relate to:

(a) the joint supply by 2 or more of the parties to the joint venture, or the supply by all the parties to the joint venture in proportion to their respective interests in the joint venture, of goods jointly produced by all the parties in pursuance of the joint venture;
(b) the joint supply by 2 or more of the parties to the joint venture of services in pursuance of the joint venture, or the supply by all the parties to the joint venture in proportion to their respective interests in the joint venture of services in pursuance of, and made available as a result of, the joint venture; or
(c) in the case of a joint venture carried on by a body corporate as mentioned in subparagraph 4J(a)(ii):

(i) the supply by that body corporate of goods produced by it in pursuance of the joint venture; or
(ii) the supply by that body corporate of services in pursuance of the joint venture, not being services supplied on behalf of the body corporate by:

(A) a person who is the owner of shares in the capital of the body corporate; or
(B) a body corporate that is related to such a person.

(4) Subsection (1) does not apply to a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, being a provision:

(a) in relation to the price for goods or services to be collectively acquired, whether directly or indirectly, by parties to the contract, arrangement or understanding or by proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding; or
(b) for the joint advertising of the price for the re-supply of goods or services so acquired.

(5) For the purposes of this Act, a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, shall not be taken not to have the purpose, or not to have or to be likely to have the effect, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services by reason only of:

(a) the form of, or of that provision of, the contract, arrangement or understanding or the proposed contract, arrangement or understanding; or
(b) any description given to, or to that provision of, the contract, arrangement or understanding or the proposed contract, arrangement or understanding by the parties or proposed parties.

(6) For the purposes of this Act but without limiting the generality of subsection (5), a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, shall not be taken not to have the purpose, or not to have or to be likely to have the effect, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services by reason only that the provision recommends, or provides for the recommending of, such a price, discount, allowance, rebate or credit if in fact the provision has that purpose or has or is likely to have that effect.

(7) For the purposes of the preceding provisions of this section but without limiting the generality of those provisions, a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, shall be deemed to have the purpose, or to have or to be likely to have the effect, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or

maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied as mentioned in subsection (1) if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, such a price, discount, allowance, rebate or credit in relation to a re-supply of the goods or services by persons to whom the goods or services are or would be supplied by the parties to the contract, arrangement or understanding or the proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding, or by any of them, or by any bodies corporate that are related to any of them.

(8) The reference in subsection (1) to the supply or acquisition of goods or services by persons in competition with each other includes a reference to the supply or acquisition of goods or services by persons who, but for a provision of any contract, arrangement or understanding or of any proposed contract, arrangement or understanding, would be, or would be likely to be, in competition with each other in relation to the supply or acquisition of the goods or services.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 45B
Covenants affecting competition

(1) A covenant, whether the covenant was given before or after the commencement of this section, is unenforceable in so far as it confers rights or benefits or imposes duties or obligations on a corporation or on a person associated with a corporation if the covenant has, or is likely to have, the effect of substantially lessening competition in any market in which the corporation or any person associated with the corporation supplies or acquires, or is likely to supply or acquire, goods or services or would, but for the covenant, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services.

(2) A corporation or a person associated with a corporation shall not:

(a) require the giving of a covenant, or give a covenant, if the proposed covenant has the purpose, or would have or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in any market in which:

(i) the corporation, or any person associated with the corporation by virtue of paragraph (7)(b), supplies or acquires, is likely to supply or acquire, or would, but for the covenant, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services; or

(ii) any person associated with the corporation by virtue of the operation of paragraph (7)(a) supplies or acquires, is likely to supply or acquire, or would, but for the covenant, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services, being a supply or acquisition in relation to which that person is, or would be, under an obligation to act in accordance with directions, instructions or wishes of the corporation;

(b) threaten to engage in particular conduct if a person who, but for subsection (1), would be bound by a covenant does not comply with the terms of the covenant; or

(c) engage in particular conduct by reason that a person who, but for subsection (1), would be bound by a covenant has failed to comply, or proposes or threatens to fail to comply, with the terms of the covenant.

(3) Where a person:

(a) issues an invitation to another person to enter into a contract containing a covenant;
(b) makes an offer to another person to enter into a contract containing a covenant; or
(c) makes it known that the person will not enter into a contract of a particular kind unless the contract contains a covenant of a particular kind or in particular terms;

the first-mentioned person shall, by issuing that invitation, making that offer or making that fact known, be deemed to require the giving of the covenant.

(4) For the purposes of this section, a covenant or proposed covenant shall be deemed to have, or to be likely to have, the effect of substantially lessening competition in a market if the covenant or proposed covenant, as the case may be, would have, or be likely to have, that effect when taken together with the effect or likely effect on competition in that market of any other covenant or proposed covenant to the benefit of which:

(a) a corporation that, or person who, is or would be, or but for subsection (1) would be, entitled to the benefit of the first-mentioned covenant or proposed covenant; or
(b) a person associated with the corporation referred to in paragraph (a) or a corporation associated with the person referred to in that paragraph;

is or would be, or but for subsection (1) would be, entitled.

(5) The requiring of the giving of, or the giving of, a covenant does not constitute a contravention of this section by reason that giving effect to the covenant would, or would but for the operation of subsection 88(8) or section 93, constitute a contravention of section 47 and this section does not apply to or in relation to engaging in conduct in relation to a covenant by way of:

(a) conduct that contravenes, or would but for the operation of subsection 88(8) or section 93 contravene, section 47; or
(b) doing an act by reason of a breach or threatened breach of a condition referred to in subsection 47(2), (4), (6) or (8), being an act done by a person at a time when:

(i) an authorization under subsection 88(8) is in force in relation to conduct engaged in by that person on that condition; or

(ii) by reason of subsection 93(7) conduct engaged in by that person on that condition is not to be taken to have the effect of substantially lessening competition within the meaning of section 47; or

(iii) a notice under subsection 93(1) is in force in relation to conduct engaged in by that person on that condition.

(6) This section does not apply to or in relation to a covenant or proposed covenant where the only persons who are or would be respectively bound by, or entitled to the benefit of, the covenant or proposed covenant are persons who are associated with each other or are bodies corporate that are related to each other.

(7) For the purposes of this section, section 45C and subparagraph 87(3)(a)(ii), a person and a corporation shall be taken to be associated with each other in relation to a covenant or proposed covenant if, and only if:

(a) the person is under an obligation (otherwise than in pursuance of the covenant or proposed covenant), whether formal or informal, to act in accordance with directions, instructions or wishes of the corporation in relation to the covenant or proposed covenant; or

(b) the person is a body corporate in relation to which the corporation is in the position mentioned in subparagraph 4A (1)(a)(ii).

(8) The requiring by a person of the giving of, or the giving by a person of, a covenant in relation to which subsection 88(5) applies is not a contravention of subsection (2) of this section if:

(a) the covenant is subject to a condition that the covenant will not come into force unless and until the person is granted an authorization to require the giving of, or to give, the covenant; and

(b) the person applies for the grant of such an authorization within 14 days after the covenant is given;

but nothing in this subsection affects the application of paragraph (2)(b) or (c) in relation to the covenant.

(9) This section does not apply to or in relation to a covenant or proposed covenant if:

(a) the sole or principal purpose for which the covenant was or is required to be given was or is to prevent the relevant land from being used otherwise than for residential purposes;

(b) the person who required or requires the covenant to be given was or is a religious, charitable or public benevolent institution or a trustee for such an institution and the covenant was or is required to be given for or in accordance with the purposes or objects of that institution; or

(c) the covenant was or is required to be given in pursuance of a legally enforceable requirement made by, or by a trustee for, a religious, charitable or public benevolent institution, being a requirement made for or in accordance with the purposes or objects of that institution.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 45C
Covenants in relation to prices

(1) In the application of subsection 45B(1) in relation to a covenant that has, or is likely to have, the effect of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied or acquired by the persons who are, or but for that subsection would be, bound by or entitled to the benefit of the covenant, or by any of them, or by any persons associated with any of them, in competition with each other, that subsection has effect as if the words "if the covenant has, or is likely to have, the effect of substantially lessening competition in any market in which the corporation or any person associated with the corporation supplies or acquires, or is likely to supply or acquire, goods or services or would, but for the covenant, supply or acquire, or be likely to supply or acquire, goods or services" were omitted.

(2) In the application of subsection 45B(2) in relation to a proposed covenant that has the purpose, or would have or be likely to have the effect, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied or acquired by the persons who would, or would but for subsection 45B(1), be bound by or entitled to the benefit of the proposed covenant, or by any of them, or by any persons associated with any of them, in competition with each other, paragraph 45B(2)(a) has effect as if all the words after the words "require the giving of a covenant, or give a covenant" were omitted.

(3) For the purposes of this Act, a covenant shall not be taken not to have, or not to be likely to have, the effect, or a proposed covenant shall not be taken not to have the purpose, or not to have, or not to be likely to have, the effect, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services by reason only of:

(a) the form of the covenant or proposed covenant; or
(b) any description given to the covenant by any of the persons who are, or but for subsection 45B(1) would be, bound by or entitled to the benefit of the covenant or any description given to the proposed covenant by any of the persons who would, or would but for subsection 45B(1), be bound by or entitled to the benefit of the proposed covenant.

(4) For the purposes of the preceding provisions of this section, but without limiting the generality of those provisions:

(a) a covenant shall be deemed to have, or to be likely to have, the effect of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied as mentioned in subsection (1) if the covenant has, or is likely to have, the effect of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, such a price, discount, allowance, rebate or credit in relation to a re-supply of the goods or services by persons to whom the goods or services are supplied by the persons who are, or but for subsection 45B(1) would be, bound by or entitled to the benefit of the covenant, or by any of them, or by any persons associated with any of them; and
(b) a proposed covenant shall be deemed to have the purpose, or to have, or to be likely to have, the effect, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied as mentioned in subsection (2) if the proposed covenant has the purpose, or would have or be likely to have the effect, as the case may be, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, such a price, discount, allowance, rebate or credit in relation to a re-supply of the goods or services by persons to whom the goods or services are supplied by the persons who would, or would but for subsection 45B(1), be bound by or entitled to the benefit of the proposed covenant, or by any of them, or by any persons associated with any of them.

(5) The reference in subsection (1) to the supply or acquisition of goods or services by persons in competition with each other includes a reference to the supply or acquisition of goods or services by persons who, but for a provision of any contract, arrangement or understanding or of any proposed contract, arrangement or understanding, would be, or would be likely to be, in competition with each other in relation to the supply or acquisition of the goods or services.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 45D
Secondary boycotts for the purpose of causing substantial loss or damage

(1) In the circumstances specified in subsection (3) or (4), a person must not, in concert with a second person, engage in conduct:

(a) that hinders or prevents:

(i) a third person supplying goods or services to a fourth person (who is not an employer of the first person or the second person); or
(ii) a third person acquiring goods or services from a fourth person (who is not an employer of the first person or the second person); and

(b) that is engaged in for the purpose, and would have or be likely to have the effect, of causing substantial loss or damage to the business of the fourth person.

Note 1: Conduct that would otherwise contravene this section can be authorised under subsection 88(7).

Note 2: This section also has effect subject to section 45DD, which deals with permitted boycotts.

(2) A person is taken to engage in conduct for a purpose mentioned in subsection (1) if the person engages in the conduct for purposes that include that purpose.

(3) Subsection (1) applies if the fourth person is a corporation.

(4) Subsection (1) also applies if:

(a) the third person is a corporation and the fourth person is not a corporation; and
(b) the conduct would have or be likely to have the effect of causing substantial loss or damage to the business of the third person.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 45DA
Secondary boycotts for the purpose of causing substantial lessening of competition

(1) In the circumstances specified in subsection (3), a person must not, in concert with a second person, engage in conduct:

(a) that hinders or prevents:

(i) a third person supplying goods or services to a fourth person (who is not an employer of the first person or the second person); or
(ii) a third person acquiring goods or services from a fourth person (who is not an employer of the first person or the second person); and

(b) that is engaged in for the purpose, and would have or be likely to have the effect, of causing a substantial lessening of competition in any market in which the fourth person supplies or acquires goods or services.

Note 1: Conduct that would otherwise contravene this section can be authorised under subsection 88(7).

Note 2: This section also has effect subject to section 45DD, which deals with permitted boycotts.

(2) A person is taken to engage in conduct for a purpose mentioned in subsection (1) if the person engages in the conduct for purposes that include that purpose.

(3) Subsection (1) applies if:

(a) the third person or the fourth person is a corporation, or both of them are corporations; and
(b) the conduct would have or be likely to have the effect of causing substantial loss or damage to the business of one of those persons who is a corporation.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 45DB
Boycotts affecting trade or commerce

(1) A person must not, in concert with another person, engage in conduct for the purpose, and having or likely to have the effect, of preventing or substantially hindering a third person (who is not an employer of the first person) from engaging in trade or commerce involving the movement of goods between Australia and places outside Australia.

Note 1: Conduct that would otherwise contravene this section can be authorised under subsection 88(7).

Note 2: This section also has effect subject to section 45DD, which deals with permitted boycotts.

(2) A person is taken to engage in conduct for a purpose mentioned in subsection (1) if the person engages in the conduct for purposes that include that purpose.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 45DD
Situations in which boycotts permitted

Dominant purpose of conduct relates to employment matters—conduct by a person

(1) A person does not contravene, and is not involved in a contravention of, subsection 45D(1), 45DA(1) or 45DB(1) by engaging in conduct if the dominant purpose for which the conduct is engaged in is substantially related to the remuneration, conditions of employment, hours of work or working conditions of that person or of another person employed by an employer of that person.

Dominant purpose of conduct relates to employment matters—conduct by employee organisation and employees

(2) If:

(a) an employee, or 2 or more employees who are employed by the same employer, engage in conduct in concert with another person who is, or with other persons each of whom is:

(i) an organisation of employees; or
(ii) an officer of an organisation of employees; and

(b) the conduct is only engaged in by the persons covered by paragraph (a); and
(c) the dominant purpose for which the conduct is engaged in is substantially related to the remuneration, conditions of employment, hours of work or working conditions of the employee, or any of the employees, covered by paragraph (a);

the persons covered by paragraph (a) do not contravene, and are not involved in a contravention of, subsection 45D(1), 45DA(1) or 45DB (1) by engaging in the conduct.

Dominant purpose of conduct relates to environmental protection or consumer protection

(3) A person does not contravene, and is not involved in a contravention of, subsection 45D(1), 45DA(1) or 45DB(1) by engaging in conduct if:

(a) the dominant purpose for which the conduct is engaged in is substantially related to environmental protection or consumer protection; and
(b) engaging in the conduct is not industrial action.

Note 1: If an environmental organisation or a consumer organisation is a body corporate:

(a) it is a "person" who may be subject to the prohibitions in subsections 45D(1), 45DA(1) and 45DB(1) and who may also be covered by this exemption; and
(b) each of its members is a "person" who may be subject to the prohibitions in subsections 45D(1), 45DA(1) and 45DB(1) and who may also be covered by this exemption.

Note 2: If an environmental organisation or a consumer organisation is not a body corporate:

(a) it is not a "person" and is therefore not subject to the prohibitions in subsections 45D(1), 45DA(1) and 45DB(1) (consequently, this exemption does not cover the organisation as such); but
(b) each of its members is a "person" who may be subject to the prohibitions in subsections 45D(1), 45DA(1) and 45DB(1) and who may also be covered by this exemption.

Meaning of industrial action—basic definition

(4) In subsection (3), *industrial action* means:

(a) the performance of work in a manner different from that in which it is customarily performed, or the adoption of a practice in relation to work, the result of which is a restriction or limitation on, or a delay in, the performance of the work, where:

(i) the terms and conditions of the work are prescribed, wholly or partly, by an industrial instrument or an order of an industrial body; or
(ii) the work is performed, or the practice is adopted, in connection with an industrial dispute; or

(b) a ban, limitation or restriction on the performance of work, or on acceptance of or offering for work, in accordance with the terms and conditions prescribed by an industrial instrument or by an order of an industrial body; or
(c) a ban, limitation or restriction on the performance of work, or on acceptance of or offering for work, that is adopted in connection with an industrial dispute; or
(d) a failure or refusal by persons to attend for work or a failure or refusal to perform any work at all by persons who attend for work.

For this purpose, *industrial body*, *industrial dispute* and *industrial instrument* have the meanings given by subsection 298B(1) of the *Workplace Relations Act 1996*.

Meaning of industrial action—further clarification

(5) For the purposes of subsection (3):

(a) conduct is capable of constituting industrial action even if the conduct relates to part only of the duties that persons are required to perform in the course of their employment; and
(b) a reference to industrial action includes a reference to a course of conduct consisting of a series of industrial actions.

Subsections (1), (2) and (3) do not protect people not covered by them

(6) In applying subsection 45D(1), 45DA(1) or 45DB(1) to a person who is not covered by subsection (1), (2) or (3) in respect of certain conduct, disregard the fact that other persons may be covered by one of those subsections in respect of the same conduct.

Defences to contravention of subsection 45DB(1)

(7) In a proceeding under this Act in relation to a contravention of subsection 45DB(1), it is a defence if the defendant proves:

(a) that a notice in respect of the conduct concerned has been duly given to the Commission under subsection 93(1) and the Commission has not given a notice in respect of the conduct under subsection 93(3) or (3A); or
(b) that the dominant purpose for which the defendant engaged in the conduct concerned was to preserve or further a business carried on by him or her.

Each person to prove defence

(8) If:

(a) a person engages in conduct in concert with another person; and
(b) the other person proves a matter specified in paragraph (7)(a) or (b) in respect of that conduct;

in applying subsection 45DB(1) to the first person, ignore the fact that the other person has proved that matter.

Note: Section 170MT of the *Workplace Relations Act 1996* limits the right to bring actions under this Act in respect of industrial action that is protected action for the purposes of that section.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 75B
Interpretation

(1) A reference in this Part to a person involved in a contravention of a provision of Part IV, IVA, IVB or V, or of section 75AU or 75AYA, shall be read as a reference to a person who:

(a) has aided, abetted, counselled or procured the contravention;
(b) has induced, whether by threats or promises or otherwise, the contravention;
(c) has been in any way, directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the contravention; or
(d) has conspired with others to effect the contravention.

(2) In this Part, unless the contrary intention appears:

(a) a reference to the Court in relation to a matter is a reference to any court having jurisdiction in the matter;
(b) a reference to the Federal Court is a reference to the Federal Court of Australia; and
(c) a reference to a judgment is a reference to a judgment, decree or order, whether final or interlocutory.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 76
Pecuniary penalties

(1) If the Court is satisfied that a person:

(a) has contravened any of the following provisions:

(i) a provision of Part IV;
(ii) section 75AU or 75AYA;

(b) has attempted to contravene such a provision;
(c) has aided, abetted, counselled or procured a person to contravene such a provision;
(d) has induced, or attempted to induce, a person, whether by threats or promises or otherwise, to contravene such a provision;
(e) has been in any way, directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the contravention by a person of such a provision; or
(f) has conspired with others to contravene such a provision;

the Court may order the person to pay to the Commonwealth such pecuniary penalty, in respect of each act or omission by the person to which this section applies, as the Court determines to be appropriate having regard to all relevant matters including the nature and extent of the act or omission and of any loss or damage suffered as a result of the act or omission, the circumstances in which the act or omission took place and whether the person has previously been found by the Court in proceedings under this Part or Part XIB to have engaged in any similar conduct.

Note: Section 87AA provides that, if boycott conduct is involved in proceedings, the Court must have regard to certain matters in exercising its powers under this Part. (*Boycott conduct* is defined in subsection 87AA(2).)

(1A) The pecuniary penalty payable under subsection (1) by a body corporate is not to exceed:

(a) for each act or omission to which this section applies that relates to section 45D, 45DB, 45E or 45EA—$750,000; and
(b) for each other act or omission to which this section applies—$10,000,000.

(1B) The pecuniary penalty payable under subsection (1) by a person other than a body corporate is not to exceed $500,000 for each act or omission to which this section applies.

(2) Nothing in subsection (1) authorises the making of an order against an individual because the individual has contravened or attempted to contravene, or been involved in a contravention of, section 45D, 45DA, 45DB, 45E or 45EA.

(3) If conduct constitutes a contravention of two or more provisions of Part IV, a proceeding may be instituted under this Act against a person in relation to the contravention of any one or more of the provisions but a person is not liable to more than one pecuniary penalty under this section in respect of the same conduct.

(4) The single pecuniary penalty that may be imposed in accordance with subsection (3) in respect of conduct that contravenes provisions to which the 2 limits in subsection (1A) apply is an amount up to the higher of those limits.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 77
Civil action for recovery of pecuniary penalties

(1) The Commission may institute a proceeding in the Court for the recovery on behalf of the Commonwealth of a pecuniary penalty referred to in section 76.

(2) A proceeding under subsection (1) may be commenced within 6 years after the contravention.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 78
Criminal proceedings not to be brought for contraventions of Part IV or section 75AU or 75AYA

Criminal proceedings do not lie against a person by reason only that the person:

(a) has contravened any of the following provisions:

(i) a provision of Part IV;
(ii) section 75AU or 75AYA;

(b) has attempted to contravene such a provision;
(c) has aided, abetted, counselled or procured a person to contravene such a provision;
(d) has induced, or attempted to induce, a person, whether by threats or promises or otherwise, to contravene such a provision;
(e) has been in any way, directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the contravention by a person of such a provision; or
(f) has conspired with others to contravene such a provision.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 79A
Enforcement and recovery of certain fines

(1) Where a person on whom a fine has been imposed for an offence against section 65Q, 65R, 79 or 155 or subsection 65F(9) or 87A (5) defaults in payment of the fine, a Court may:

(a) exercise any power that the Court has apart from this section with respect to the enforcement and recovery of fines imposed by the Court; or
(b) make an order, on the application of the Minister or the Commission, declaring that the fine is to have effect, and may be enforced, as if it were a judgment debt under a judgment of the Court.

(2) Where a person in relation to whom an order is made under subsection (1) in respect of a fine gives security for the payment of the fine, the Court shall cancel the order in respect of the fine.

(3) Where the Court makes an order in relation to a person in respect of a fine, the Court may, at any time before the order is executed in respect of the fine, allow the person a specified time in which to pay the fine or allow the person to pay the fine by specified instalments, and, in that case:

(a) the order shall not be executed unless the person fails to pay the fine within that time or fails to pay an instalment at or before the time when it becomes payable, as the case may be; and
(b) if the person pays the fine within that time or pays all the instalments, as the case may be, the order shall be deemed to have been discharged in respect of the fine.

(4) Subject to subsection (7), an order under subsection (1) in respec. of a fine ceases to have effect:

(a) on payment of the fine; or
(b) if the fine is not paid—on full compliance with the order.

(5) The term of a sentence of imprisonment imposed by an order under a law of a State or Territory applied by section 18A of the *Crimes Act 1914* in respect of a fine shall be calculated at the rate of one day's imprisonment for each $25 of the amount of the fine that is from time to time unpaid.

(6) Subject to subsection (7), where a person is required to serve periods of imprisonment by virtue of an order or orders under subsection (1) in respect of 2 or more fines, those periods of imprisonment shall be served consecutively.

(7) Subject to subsection (8), where:

(a) a person would, but for this subsection, be required by virtue of an order or orders under subsection (1) in respect of 3 or more fines to serve periods of imprisonment in respect of those fines exceeding in the aggregate 3 years; and
(b) those fines were imposed (whether or not in the same proceedings) for offences constituted by contraventions that occurred within a period of 2 years, being contraventions that appear to the Court to have been of the same nature or a substantially similar nature;

the Court shall, by order, declare that the order or orders shall cease to have effect in respect of those fines after the person has served an aggregate of 3 years' imprisonment in respect of those fines.

(8) Where subsection (7) would, but for this subsection, apply to a person with respect to offences committed by the person within 2 or more overlapping periods of 2 years, the Court shall make an order under that subsection with respect to one only of those periods, being whichever period would give the person the maximum benefit from the application of that subsection.

(9) For the purposes of subsection (8), the Court may vary or revoke an order made under subsection (7).

(10) Paragraphs 18A(1)(b), (c) and (d) of the *Crimes Act 1914* do not apply with respect to fines referred to in subsection (1).

(11) This section applies only in relation to fines imposed for offences committed after the commencement of this section.

(a) whether or not it appears to the Court that the person intends to refuse or fail again, or to continue to refuse or fail, to do that act or thing;
(b) whether or not the person has previously refused or failed to do that act or thing; and
(c) whether or not there is an imminent danger of substantial damage to any person if the first-mentioned person refuses or fails to do that act or thing.

(6) Where the Minister or the Commission makes an application to the Court for the grant of an injunction under this section, the Court shall not require the applicant or any other person, as a condition of granting an interim injunction, to give any undertakings as to damages.

(6A) Subsection (6) does not apply to an application by the Minister for an injunction relating to Part IV.

(7) Where:

(a) in a case to which subsection (6) does not apply the Court would, but for this subsection, require a person to give an undertaking as to damages or costs; and
(b) the Minister gives the undertaking;

the Court shall accept the undertaking by the Minister and shall not require a further undertaking from any other person.

(8) Subsection (7) does not apply in relation to an application for an injunction relating to Part IV.

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 87D
Definitions

(1) In this Division:

industry code of practice means a code regulating the conduct of participants in an industry towards other participants in the industry or towards consumers in the industry.

minor variation, in relation to an authorization, is a single variation that does not involve a material change in the effect of the authorization.

(2) A reference in this Division to a proposal of the Commission is a reference to a notice of the Commission:

(a) so far as the revocation of an authorization is concerned—under subsection 91B(3); and
(b) so far as the revocation of an authorization and the substitution of another—under subsection 91C(3).

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 88
Power of Commission to grant authorisations

(1) Subject to this Part, the Commission may, upon application by or on behalf of a corporation, grant an authorization to the corporation:

(a) to make a contract or arrangement, or arrive at an understanding, where a provision of the proposed contract, arrangement or understanding would be, or might be, an exclusionary provision or would have the purpose, or would have or might have the effect, of substantially lessening competition within the meaning of section 45; or
(b) to give effect to a provision of a contract, arrangement or understanding where the provision is, or may be, an exclusionary provision or has the purpose, or has or may have the effect, of substantially lessening competition within the meaning of section 45;

and, while such an authorization remains in force:

(c) in the case of an authorization to make a contract or arrangement or to arrive at an understanding—subsection 45 (2) does not prevent the corporation from making the contract or arrangement or arriving at the understanding in accordance with the authorization and giving effect in accordance with the authorization to any provision of the contract or arrangement so made or of the understanding so arrived at;
(d) in the case of an authorization to give effect to a provision of a contract:

(i) the provision is not unenforceable by reason of subsection 45(1); and
(ii) subsection 45(2) does not prevent the corporation from giving effect to the provision in accordance with the authorization; or

(e) in the case of an authorization to give effect to a provision of an arrangement or understanding—subsection 45(2) does not prevent the corporation from giving effect to the provision in accordance with the authorization.

(5) Subject to this Part, the Commission may, upon application by or on behalf of a person, grant an authorization to the person:

(a) to require the giving of, or to give, a convenant where the proposed covenant would have the purpose, or would have or might have the effect, of substantially lessening competition in a market referred to in paragraph 45B(2)(a); or
(b) to enforce the terms of a covenant;

and, while such an authorization remains in force:

(c) in the case of an authorization to require the giving of, or to give, a covenant:

(i) the covenant is not unenforceable by reason of subsection 45B(1); and
(ii) subsection 45B(2) does not apply in relation to the covenant; or

(d) in the case of an authorization to enforce the terms of a covenant:

(i) the covenant is not unenforceable by reason of subsection 45B(1); and
(ii) paragraphs 45B(2)(b) and (c) do not apply in relation to the covenant.

(6) An authorization granted by the Commission to a person under any of the preceding provisions of this section to:

(a) make a contract or arrangement or arrive at an understanding;
(b) give effect to a provision of a contract, arrangement or understanding;
(c) require the giving of, or give, a covenant; or
(d) enforce the terms of a covenant;

has effect as if it were also an authorization in the same terms to every other person named or referred to in the application for the authorization as a party to the contract, arrangement or understanding or as a proposed party to the proposed contract, arrangement or understanding, or as a person who is or would be bound by, or entitled to the benefit of, the covenant or the proposed covenant, as the case

may be.

(7) Subject to this Part, the Commission may, upon application by or on behalf of a person, grant an authorization to the person, and to any other person acting in concert with the first-mentioned person, to engage in conduct to which section 45D, 45DA or 45DB would or might apply and, while such an authorization remains in force, that section does not apply in relation to the engaging in that conduct by the applicant and by any person acting in concert with the applicant.

(7A) Subject to this Part, the Commission may, on application by or on behalf of a person, grant an authorisation to the person to engage in conduct to which section 45E or 45EA would or might apply. While the authorisation remains in force, that section does not apply in relation to the person engaging in that conduct.

(8) Subject to this Part, the Commission may, upon application by or on behalf of a corporation, grant an authorization to the corporation to engage in conduct that constitutes or may constitute the practice of exclusive dealing and, while such an authorization remains in force, section 47 does not prevent the corporation from engaging in that conduct in accordance with the authorization.

(8AA) If:

(a) the Commission grants an authorization to a corporation to engage in particular conduct under subsection (8); and
(b) the particular conduct referred to in the authorization is conduct expressly required or permitted under a contract, an arrangement, an understanding or an industry code of practice;

then:

(c) the authorization has effect as if it were also an authorization in the same terms to every other person named or referred to in the application for the authorization as a party or proposed party to the contract, arrangement, understanding or code; and
(d) the authorization may be expressed so as to apply to or in relation to another person who becomes a party to the contract, arrangement, understanding or code at a time after the authorization is granted.

(8AB) For the purposes of subsection (8AA), a reference in that subsection to a contract, an arrangement, an understanding or an industry code of practice includes a reference to a proposed contract, a proposed arrangement, a proposed understanding or a proposed industry code of practice (as the case requires).

(8A) Subject to this Part, the Commission may, upon application by or on behalf of a person, grant an authorisation to the person to engage in conduct that constitutes (or may constitute) the practice of resale price maintenance. While the authorisation remains in force, section 48 does not prevent the person from engaging in that conduct in accordance with the authorisation.

(9) Subject to this Part, the Commission may, upon application by or on behalf of a person:

(a) grant an authorisation to the person to acquire shares in the capital of a body corporate or to acquire assets of a person; or
(b) grant an authorisation to the person to acquire a controlling interest in a body corporate within the meaning of section 50A;

and, while such an authorisation remains in force:

(c) in the case of an authorisation under paragraph (a)—section 50 does not prevent the person from acquiring shares or assets in accordance with the authorisation; or
(d) in the case of an authorisation under paragraph (b)—section 50A does not, to the extent specified in the authorisation, apply in relation to the acquisition of that controlling interest.

(10) An authorization to a corporation under subsection (1) may be expressed so as to apply to or in relation to another person who:

(a) in the case of an authorization to make a contract or arrangement or arrive at an understanding—becomes a party to the proposed contract or arrangement at a time after it is made or becomes a party to the proposed understanding at a time after it is arrived at; or
(b) in the case of an authorization to give effect to a provision of a contract, arrangement or understanding—becomes a party to the contract, arrangement or understanding at a time after the authorization is granted.

(11) An authorization under subsection (5) may be expressed so as to apply to or in relation to another person who:

(a) in the case of an authorization to require the giving of, or to give, a covenant—becomes bound by, or entitled to the benefit of, the proposed covenant at a time after the covenant is given; or

(b) in the case of an authorization to enforce the terms of a covenant—becomes bound by, or entitled to the benefit of, the covenant at a time after the authorization is granted.

(12) The Commission does not have power to grant an authorization to a corporation to make a contract or arrangement, to arrive at an understanding or to require the giving of, or to give, a covenant if the contract or arrangement has been made, the understanding has been arrived at or the covenant has been given before the Commission makes a determination in respect of the application.

(13) An application made to the Commission under this section for an authorization in relation to a particular contract or proposed contract (including an application mentioned in subsection (8AA)) may be expressed to be made also in relation to another contract or proposed contract that is or will be, or in relation to two or more other contracts or proposed contracts that are or will be, in similar terms to the first-mentioned contract or proposed contract and, where an application is so expressed, the Commission may grant a single authorization in respect of all the contracts or proposed contracts or may grant separate authorizations in respect of any one or more of the contracts or proposed contracts.

(14) Where an application made to the Commission under this section for an authorization in relation to a particular contract or proposed contract is expressed in accordance with subsection (13) to be made also in relation to another contract or contracts or proposed contract or proposed contracts:

(a) the application shall set out:

(i) the names of the parties to each other contract; and

(ii) the names of the parties to each other proposed contract where those names are known to the applicant at the time when the application is made; and

(b) if an authorization is granted in respect of a proposed contract the names of the parties to which were not so known to the applicant, the authorization shall, by force of this subsection, be deemed to be expressed to be subject to a condition that any party to the contract will, when so required by the Commission, furnish to the Commission the names of all the parties to the contract.

(15) In subsections (13) and (14):

(a) *contract* includes an arrangement, understanding, industry code of practice or covenant and *proposed contract* has a corresponding meaning; and

(b) the reference to the parties to a contract or proposed contract shall, for the purposes of the application of those subsections in relation to a covenant or proposed covenant by reason of paragraph (a) of this subsection, be read as a reference to the persons who are or will be, or but for subsection 45B(1) would be, respectively bound by, or entitled to the benefit of, the covenant or proposed covenant.

(16) A corporation that has made an application to the Commission for an authorisation, or a person other than a corporation who has made an application to the Commission for an authorisation under subsection (9), may at any time, by notice in writing to the Commission, withdraw the application.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 90
Determination of applications for authorisations

(1) The Commission shall, in respect of an application for an authorization:

(a) make a determination in writing granting such authorization as it considers appropriate; or
(b) make a determination in writing dismissing the application.

(2) The Commission shall take into account any submissions in relation to the application made to it by the applicant, by the Commonwealth, by a State or by any other person.

(4) The Commission shall state in writing its reasons for a determination made by it.

(5) Before making a determination in respect of an application for an authorization the Commission shall comply with the requirements of section 90A.

(6) The Commission shall not make a determination granting an authorization under subsection 88(1), (5) or (8) in respect of a provision (not being a provision that is or may be an exclusionary provision) of a proposed contract, arrangement or understanding, in respect of a proposed covenant, or in respect of proposed conduct (other than conduct to which subsection 47(6) or (7) applies), unless it is satisfied in all the circumstances that the provision of the proposed contract, arrangement or understanding, the proposed covenant, or the proposed conduct, as the case may be, would result, or be likely to result, in a benefit to the public and that that benefit would outweigh the detriment to the public constituted by any lessening of competition that would result, or be likely to result, if:

(a) the proposed contract or arrangement were made, or the proposed understanding were arrived at, and the provision concerned were given effect to;
(b) the proposed covenant were given, and were complied with; or
(c) the proposed conduct were engaged in;

as the case may be.

(7) The Commission shall not make a determination granting an authorization under subsection 88(1) or (5) in respect of a provision (not being a provision that is or may be an exclusionary provision) of a contract, arrangement or understanding or, in respect of a covenant, unless it is satisfied in all the circumstances that the provision of the contract, arrangement or understanding, or the covenant, as the case may be, has resulted, or is likely to result, in a benefit to the public and that that benefit outweighs or would outweigh the detriment to the public constituted by any lessening of competition that has resulted, or is likely to result, from giving effect to the provision or complying with the convenant.

(8) The Commission shall not:

(a) make a determination granting:

(i) an authorization under subsection 88(1) in respect of a provision of a proposed contract, arrangement or understanding that is or may be an exclusionary provision; or
(ii) an authorization under subsection 88(7) or (7A) in respect of proposed conduct; or
(iii) an authorization under subsection 88(8) in respect of proposed conduct to which subsection 47(6) or (7) applies; or
(iv) an authorisation under subsection 88(8A) for proposed conduct to which section 48 applies;

unless it is satisfied in all the circumstances that the proposed provision or the proposed conduct would result, or be likely to result, in such a benefit to the public that the proposed contract or arrangement should be allowed to be made, the proposed understanding should be allowed to be arrived at, or the proposed conduct should be allowed to take place, as the case may be; or

(b) make a determination granting an authorization under subsection 88(1) in respect of a provision of a contract, arrangement or understanding that is or may be an exclusionary provision unless it is satisfied in all the circumstances that the provision has resulted, or is likely to result, in such a benefit to the public that the contract, arrangement or understanding should be allowed to be given effect to.

(9) The Commission shall not make a determination granting an authorization under subsection 88(9) in respect of a proposed acquisition of shares in the capital of a body corporate or of assets of a person or in respect of the acquisition of a controlling interest in a body corporate within the meaning of section 50A unless it is satisfied in all the circumstances that the proposed acquisition would result, or be likely to result, in such a benefit to the public that the acquisition should be allowed to take place.

(9A) In determining what amounts to a benefit to the public for the purposes of subsection (9):

(a) the Commission must regard the following as benefits to the public (in addition to any other benefits to the public that may exist apart from this paragraph):

(i) a significant increase in the real value of exports;
(ii) a significant substitution of domestic products for imported goods; and

(b) without limiting the matters that may be taken into account, the Commission must take into account all other relevant matters that relate to the international competitiveness of any Australian industry.

(10) Subject to subsections (10A), (12), (13), (14) and (15), if:

(a) the Minister, by notice published in the *Gazette*, fixes a date for the purposes of the application of this subsection in relation to applications for authorizations under subsection 88(1), (5), (7), (7A), (8) or (8A); and
(b) the Commission does not determine an application for an authorization under a subsection in relation to which a date is so fixed within 4 months from that date or the date on which the application was or is received by the Commission, whichever is the later;

the Commission shall be deemed to have granted, at the expiration of that period, the authorization applied for.

(10A) If, within the latest occurring 4 month period referred to in paragraph (10)(b) in relation to an application for an authorisation, the Commission gives to the applicant a written notice requesting the applicant to give to the Commission additional information relevant to the determination of the application, the reference in that paragraph to 4 months shall be taken to be a reference to a period consisting of 4 months increased by the number of days in the period commencing on the day on which the notice is given to the applicant and ending on the day on which the applicant gives to the Commission such of the additional information as the applicant is able to provide.

(11) Subject to subsections (12), (13) and (15), if the Commission does not determine an application for an authorisation under subsection 88(9) within:

(a) 30 days from the day on which the application is received by the Commission; or
(b) if the Commission, before the end of that period of 30 days, gives to the applicant a notice in writing requesting the applicant to give to the Commission additional information relevant to the determination of the application—the period consisting of 30 days from the day on which the application is received by the Commission increased by the number of days in the period commencing on the day on which the notice is given to the applicant and ending on the day on which the applicant gives to the Commission such of the additional information as the applicant is able to provide;

the Commission shall be deemed to have granted, at the end of that period, the authorisation applied for.

(11A) The Commission may, within the 30 day period mentioned in subsection (11), notify the applicant in writing that the Commission considers that the period should be extended to 45 days due to the complexity of the issues involved. If the Commission so notifies the applicant, the references in subsection (11) to 30 days are to be treated as references to 45 days.

(12) If the applicant for an authorization informs the Commission in writing before the expiration of the period referred to in subsection (10) or (11) (in this subsection and in subsection (13) referred to as the *base period*) that the applicant agrees to the Commission taking a specified longer period for the determination of the application, a reference to that longer period shall be deemed for the purposes of that application to be substituted in subsection (10) or (11), as the case may be, for the reference in that subsection to the base period.

(13) For the purposes of any application of subsection (12), a reference in that subsection to the base period shall, if a reference to another period is deemed by any other application or applications of that subsection to have been substituted in subsection (10) or (11) for the reference in subsection (10) or (11) to the base period, be construed as a reference to that other period.

(14) If a person to whom a notice has been sent under subsection 90A(2) in relation to a draft determination in respect of an application for an authorization notifies the Commission in accordance with subsection 90A(6) that he or she wishes the Commission to hold a

conference in relation to the draft determination, the period referred to in subsection (10) of this section shall be deemed to be increased by a period equal to the period commencing on the day on which the

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 90A
Commission to afford opportunity for conference before determining application for authorisation

(1) Before determining an application for an authorization (other than an application for an authorisation under subsection 88(9)), the Commission shall prepare a draft determination in relation to the application.

(2) The Commission shall, by notice in writing sent to the applicant and to each other interested person, invite the applicant or other person to notify the Commission, within 14 days after a date fixed by the Commission being not earlier than the day on which the notice is sent, whether the applicant or other person wishes the Commission to hold a conference in relation to the draft determination.

(3) If:

(a) the draft determination provides for the granting of the application unconditionally; and
(b) no person has made a written submission to the Commission opposing the application;

each notice by the Commission under subsection (2) shall inform the person to whom the notice is sent that the draft determination so provides.

(4) If:

(a) the draft determination does not provide for the granting of the application or provides for the granting of the application subject to conditions; or
(b) the draft determination provides for the granting of the application unconditionally but a written submission has, or written submissions have, been made to the Commission opposing the application;

the Commission shall send with each notice under subsection (2) a copy of the draft determination and:

(c) in a case to which paragraph (a) applies—a summary of the reasons why the Commission is not satisfied that the application should be granted or why it is not satisfied that the application should be granted unconditionally; or
(d) in a case to which paragraph (b) applies—a summary of the reasons why it is satisfied that the application should be granted unconditionally.

(5) If each of the persons to whom a notice was sent under subsection (2):

(a) notifies the Commission within the period of 14 days mentioned in that subsection that he or she does not wish the Commission to hold a conference in relation to the draft determination; or
(b) does not notify the Commission within that period that he or she wishes the Commission to hold such a conference;

the Commission may make the determination at any time after the expiration of that period.

(6) If any of the persons to whom a notice was sent under subsection (2) notifies the Commission in writing within the period of 14 days mentioned in that subsection that he or she wishes the Commission to hold a conference in relation to the draft determination, the Commission shall appoint a date (being not later than 30 days after the expiration of that period), time and place for the holding of the conference and give notice of the date, time and place so appointed to each of the persons to whom a notice was sent under subsection (2).

(7) At the conference:

(a) the Commission shall be represented by a member or members of the Commission (being a member or members who participated in the preparation of the draft determination) nominated by the Chairperson; and
(b) each person to whom a notice was sent under subsection (2) and any other interested person whose presence at the conference is considered by the Commission to be appropriate is entitled to attend and participate personally or, in the case of a body corporate, may be represented by a person who, or by persons each of whom, is a director, officer or employee of the body corporate; and

(c) a person participating in the conference in accordance with paragraph (a) or (b) is entitled to have another person or other persons present to assist him or her but a person who so assists another person at the conference is not entitled to participate in the discussion; and

(e) no other person is entitled to be present.

(8) A member of the Commission participating in the conference shall make such record of the discussions as is sufficient to set out the matters raised by the persons participating in the conference.

(9) The member of the Commission who represents the Commission at the conference, or, if the Commission is represented by more than one member of the Commission, one of those members appointed by the Chairperson:

(a) may exclude from the conference any person who uses insulting language at the conference, creates, or takes part in creating or continuing, a disturbance at the conference or repeatedly interrupts the conference;

(b) may terminate the conference when he or she is of the opinion that a reasonable opportunity has been given for the expression of the views of persons participating in the conference (other than persons excluded from the conference under paragraph (a)); and

(c) shall give a certificate certifying the day on which the first notification under subsection (6) in relation to the draft determination was received by the Commission and the day on which the conference terminated;

and any such certificate shall be received in all courts as evidence of the matters certified.

(10) A document purporting to be a certificate referred to in subsection (9) shall, unless the contrary is established, be deemed to be such a certificate and to have been duly given.

(11) The Commission shall take account of all matters raised at the conference and may at any time after the termination of the conference make a determination in respect of the application.

(12) For the purposes of this section, *interested person* means a person who has notified the Commission in writing that he or she, or a specified unincorporated association of which he or she is a member, claims to have an interest in the application, being an interest that, in the opinion of the Commission, is real and substantial.

(13) Where the Commission is of the opinion that two or more applications for authorizations that are made by the same person, or by persons being bodies corporate that are related to each other, involve the same or substantially similar issues, the Commission may treat the applications as if they constitute a single application and may prepare one draft determination in relation to the applications and hold one conference in relation to that draft determination.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 91
Grant and variation of authorisations

(1) An authorization may be expressed to be in force for a period specified in the authorization and, if so expressed, remains in force for that period only.

(1A) An authorisation, other than an authorisation deemed to have been granted under subsection 90(10) or (11), comes into force on the day specified for the purpose in the authorisation, not being a day earlier than, and an authorisation deemed to have been granted under subsection 90(10) or (11) comes into force on:

(a) where paragraph (b) or (c) does not apply—the end of the period in which an application may be made to the Tribunal for a review of the determination by the Commission of the application for the authorisation;
(b) if such an application is made to the Tribunal and the application is not withdrawn—the day on which the Tribunal makes a determination on the review;
(c) if such an application is made to the Tribunal and the application is withdrawn—the day on which the application is withdrawn.

(1B) A minor variation of an authorization comes into force on a day specified by the Commission in the determination making the variation, not being a day earlier than:

(a) if neither paragraph (b) nor (c) applies—the end of the period in which an application may be made to the Tribunal for a review of the determination of the Commission in respect of the application for the minor variation; or
(b) if such an application is made to the Tribunal and the application is not withdrawn—the day on which the Tribunal makes a determination on the review; or
(c) if such an application is made to the Tribunal and the application is withdrawn—the day on which the application is withdrawn.

(1C) If an authorization (the *prior authorization*) is revoked and another authorization is made in substitution for it, that other authorization comes into force on the day specified for the purpose in that other authorization, not being a day earlier than:

(a) if neither paragraph (b) nor (c) applies—the end of the period in which an application may be made to the Tribunal for a review of an application, or the Commission's proposal, for the revocation of the prior authorization and the substitution of that other authorization; or
(b) if such an application is made to the Tribunal and the application is not withdrawn—the day on which the Tribunal makes a determination on the review; or
(c) if such an application is made to the Tribunal and the application is withdrawn—the day on which the application is withdrawn.

(2) If the Commission considers that it is appropriate to do so:

(a) for the purpose of enabling due consideration to be given to:

(i) an application for an authorization; or
(ii) an application for a minor variation of an authorization; or
(iii) an application for the revocation of an authorization and the substitution of a new one; or

(b) pending the expiration of the time allowed for the making of an application to the Tribunal for review of a determination by the Commission of an application referred to in paragraph (a) and, if such an application for a review is made, pending the making of a determination by the Tribunal on the review; or
(c) for any other reason;

the Commission may at any time:

(d) in the case of an application for an authorization—grant an authorization that is expressed to be an interim authorization; and
(e) in the case of an application for a minor variation of an authorization—grant an authorization that is expressed to be an interim authorization dealing only with the matter the subject of the application for a variation; and
(f) in the case of an application for the revocation of an authorization and the substitution of another—suspend the

operation of the authorization sought to be revoked and grant an authorization that is expressed to be an interim authorization in substitution for the authorization suspended.

(2AA) An authorization granted under paragraph 91(2)(d), (e) or (f) and expressed to be an interim authorization comes into force on such a date, not being a date before the grant of the interim authorization, as is specified by the Commission in the interim authorization.

(2AB) The Commission may, at any time, revoke an authorization that is expressed to be an interim authorization and, where that interim authorization is in substitution for an authorization the operation of which has been suspended, the revocation of the interim authorization has the effect of reviving the operation of the suspended authorization.

(2A) Subsections 90(4) to (9), inclusive, do not apply in relation to an authorization that is expressed to be an interim authorization.

(3) An authorization may be expressed to be subject to such conditions as are specified in the authorization.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 91A
Minor variations of authorizations

(1) A person to whom an authorization was granted, or another person on behalf of such a person, may apply to the Commission for a minor variation of the authorization.

(2) On receipt of an application, the Commission must, if it is satisfied that the variation sought in the application is a minor variation, by notice in writing given to any persons who appear to the Commission to be interested:

(a) indicate the nature of the variation applied for; and
(b) invite submissions in respect of the variation within a period specified by the Commission.

(3) After considering the application and any submissions received within the period specified, the Commission may make a determination in writing varying the authorization or dismissing the application.

(4) The Commission must not make a determination varying an authorization to which, if it were a new authorization, subsection 90(6) or (7) would apply, unless the Commission is satisfied that, in all the circumstances, the variation would not result, or would be likely not to result, in a reduction in the extent to which the benefit to the public of the authorization outweighs any detriment to the public caused by the authorization.

(5) The Commission must not make a determination varying an authorization to which, if it were a new authorization, subsection 90(8) or (9) would apply, unless the Commission is satisfied that, in all the circumstances, the variation would not result, or would be likely not to result, in a reduction in the benefit to the public that arose from the original authorization.

(6) Nothing in this section prevents a person from applying for 2 or more variations in the same application.

(7) If:

(a) a person applies for 2 or more variations:

(i) at the same time; or
(ii) in such close succession that the variations could conveniently be dealt with by the Commission at the same time; and

(b) the Commission is satisfied that the combined effect of those variations, if all were granted, would not involve a material change in the effect of the authorization;

the Commission may deal with all of those variations together as if they were a single minor variation.

(8) An application for a minor variation may be withdrawn by notice in writing to the Commission at any time.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 91B
Revocation of an authorization

(1) A person to whom an authorization was granted, or another person on behalf of such a person, may apply to the Commission for a revocation of the authorization.

(2) On receipt of such an application, the Commission must, by notice in writing given to any persons who appear to the Commission to be interested:

(a) indicate that the revocation of the authorization has been applied for; and
(b) indicate the basis on which the revocation has been applied for; and
(c) invite submissions in respect of the revocation within a period specified by the Commission.

(3) If, at any time after granting an authorization, it appears to the Commission that:

(a) the authorization was granted on the basis of evidence or information that was false or misleading in a material particular; or
(b) a condition to which the authorization was expressed to be subject has not been complied with; or
(c) there has been a material change of circumstances since the authorization was granted;

the Commission may, by notice in writing given to any persons who appear to the Commission to be interested:

(d) inform those persons that it is considering the revocation of the authorization; and
(e) indicate the basis on which the revocation is being proposed; and
(f) invite submissions in respect of the revocation within a period specified by the Commission.

(4) After considering any submissions invited under subsection (2) or (3) that are received within the period specified by the Commission under that subsection, the Commission may make a determination in writing:

(a) revoking the authorization; or
(b) deciding not to revoke the authorization.

(5) If an objection to the revocation is included in any submission

(a) that was invited under subsection (2) or (3); and
(b) that is received within the period specified by the Commission under that subsection;

the Commission must not make a determination revoking the authorization unless the Commission is satisfied that it would, if the authorization had not already been granted, be prevented under subsection 90(6), (7), (8) or (9) from making a determination granting the authorization in respect of which the revocation is sought.

(6) An application for revocation may be withdrawn by notice in writing to the Commission at any time.

(7) The Commission may disregard any objection that, in its opinion, is either vexatious or frivolous.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 91C
Revocation of an authorization and substitution of a replacement

(1) A person to whom an authorization was granted, or another person on behalf of such a person, may apply to the Commission for a revocation of the authorization and the substitution of a new authorization for the one revoked.

(2) On receipt of such an application, the Commission must, by notice in writing given to any persons who appear to the Commission to be interested:

- (a) indicate that the revocation of the authorization, and the substitution of another authorization for it, has been applied for; and
- (b) indicate the basis upon which the revocation and substitution has been applied for and the nature of the substituted authorization so applied for; and
- (c) invite submissions in respect of the revocation and substitution within a period specified by the Commission.

(3) If, at any time after granting an authorization, it appears to the Commission that:

- (a) the authorization was granted on the basis of evidence or information that was false or misleading in a material particular; or
- (b) a condition to which the authorization was expressed to be subject has not been complied with; or
- (c) there has been a material change of circumstances since the authorization was granted;

the Commission may, by notice in writing given to any persons who appear to be interested:

- (d) inform those persons that it is considering the revocation of the authorization and the substitution of a new authorization; and
- (e) indicate the basis on which the revocation and substitution is being proposed and the nature of the substituted authorization proposed; and
- (f) invite submissions in respect of the proposed action within a period specified by the Commission.

(4) After considering any submissions invited under subsection (2) or (3) in relation to an authorization that are received within the period specified by the Commission under that subsection and after compliance with the requirements of section 90A in accordance with subsection (5), the Commission may make a determination in writing:

- (a) revoking the authorization and granting another such authorization that it considers appropriate, in substitution for it; or
- (b) deciding not to revoke the authorization.

(5) Before making a determination under subsection (4) in relation to an application, or a proposal, for the revocation of an authorization and the substitution of another, the Commission must comply with the requirements of section 90A.

(6) For the purposes of complying with section 90A in accordance with subsection (5), section 90A has effect:

- (a) as if the reference in subsection (1) to an application for an authorization (other than an application for an authorization under subsection 88(9)) were a reference to an application, or to a proposal, for the revocation of an authorization (other than an authorization granted on an application granted under subsection 88(9)) and the substitution of another authorization; and
- (b) as if references in other provisions of that section to an application, or to an application for an authorization, were references either to an application, or to a proposal, for the revocation of an authorization and the substitution of another; and
- (c) as if subsection 90A(2) had provided, in its operation in relation to a proposal for the revocation of an authorization and the substitution of another, that:
  - (i) the reference to the applicant and to each other interested person were a reference only to each interested person; and
  - (ii) each reference to the applicant or other person were a reference only to the other person.

(7) The Commission must not make a determination revoking an authorization and substituting another authorization unless the Commission is satisfied that it would not be prevented under subsection 90(6), (7), (8) or (9) from making a determination granting the substituted authorization, if it were a new authorization sought under section 88.

(8) An application for the revocation of an authorization and the substitution of another authorization may be withdrawn by notice in writing to the Commission at any time.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 101
Applications for review

(1) A person dissatisfied with a determination by the Commission:

(a) in relation to an application for an authorization or a minor variation of an authorization; or
(b) in relation to the revocation of an authorization, or the revocation of an authorization and the substitution of another authorization;

may, as prescribed and within the time allowed by or under the regulations or under subsection (1B), as the case may be, apply to the Tribunal for a review of the determination.

(1AA) If:

(a) the person applying under subsection (1) for review of a determination was the applicant for an authorization, or for the minor variation of an authorization, for the revocation of an authorization or for the revocation of an authorization and the substitution of another authorization; or
(b) the Tribunal is satisfied that the person has a sufficient interest;

the Tribunal must review the determination.

(1A) Where a person has, whether before or after the commencement of this subsection, made an application under subsection (1) for a review of a determination, the Tribunal may, if the Tribunal determines it to be appropriate, make a determination by consent of the applicant, the Commission, and all persons who have been permitted under subsection 109(2) to intervene in the proceedings for review, whether or not the Tribunal is satisfied of the matters referred to in subsection 90(6), (7), (8) or (9).

(1B) A presidential member may, on the application of a person concerned:

(a) in an application for an authorization under subsection 88(9); or
(b) in an application for a minor variation or a revocation of such an authorization; or
(c) in an application for the revocation of such an authorization and the substitution of another authorization;

shorten the time allowed by or under the regulations within which an application under subsection (1) may be made for a review of the determination by the Commission of the application referred to in paragraph (a), (b) or (c) if the member is satisfied that special circumstances exist and that, in all the circumstances, it would not be unfair to do so.

(2) A review by the Tribunal is a re-hearing of the matter and subsections 90(6), (7), (8) and (9), 91A(4), 91A(5), 91B(5) and 91C(7) apply in relation to the Tribunal in like manner as they apply in relation to the Commission.

[Previous Article][Next Article][Show Table of Contents]

TRADE PRACTICES ACT 1974
- SECT 102
Functions and powers of Tribunal

(1) On a review of a determination of the Commission in relation to:

(a) an application for an authorization; or
(b) an application for a minor variation of an authorization; or
(c) an application for, or the Commission's proposal for, the revocation of an authorization; or
(d) an application for, or the Commission's proposal for, the revocation of an authorization and the substitution of another authorization;

the Tribunal may make a determination affirming, setting aside or varying the determination of the Commission and, for the purposes of the review, may perform all the functions and exercise all the powers of the Commission.

(1A) If a person applies to the Tribunal for review of a determination of the Commission relating to:

(a) the grant of an authorisation under subsection 88(9); or
(b) the minor variation, or the revocation, of an authorization granted under that subsection; or
(c) the revocation of an authorization granted under that subsection and the substitution of another authorization;

the Tribunal must make its determination on the review within 60 days after receiving the application for review.

(1B) The 60 day time limit in subsection (1A) does not apply if the Tribunal considers that the matter cannot be dealt with properly within that period of 60 days, either because of its complexity or because of other special circumstances.

(1C) If subsection (1B) applies, the Tribunal must notify the applicant before the end of the 60 day period that the matter cannot be dealt with properly within that period.

(2) A determination by the Tribunal affirming, setting aside or varying a determination of the Commission in relation to:

(a) an application for an authorization; or
(b) an application for a minor variation of an authorization; or
(c) an application for, or the Commission's proposal for, the revocation of an authorization; or
(d) an application for, or the Commission's proposal for, the revocation of an authorization and the substitution of another authorization;

is, for the purposes of this Act other than this Part, to be taken to be a determination of the Commission.

(4) Upon a review of the giving of a notice by the Commission under subsection 93(3):

(a) if the person who applied for the review satisfies the Tribunal that in all the circumstances:

(i) the conduct or proposed conduct to which the notice relates has resulted or is likely to result, or would result or be likely to result, as the case may be, in a benefit to the public; and
(ii) that benefit would outweigh the detriment to the public constituted by any lessening of competition that has resulted or is likely to result from the conduct or would result or be likely to result from the proposed conduct;

the Tribunal shall make a determination setting aside the notice; or
(b) if the person who applied for the review does not so satisfy the Tribunal—the Tribunal shall make a determination affirming the notice.

(5) Where the Tribunal makes a determination setting aside a notice given by the Commission under subsection 93(3), then, after the setting aside of the notice, subsection 93(7) has effect in relation to the conduct referred to in the notice as if the Commission had not given the notice.

(5A) The Tribunal must set aside a notice under subsection 93(3A) if the person who applied for a review of the giving of the notice satisfies the Tribunal that the likely benefit to the public from the conduct or proposed conduct to which the notice relates will outweigh the likely detriment to the public from the conduct or proposed conduct.

(5B) The Tribunal must affirm the giving of a notice under subsection 93(3A) if the person who applied for a review of the giving of the notice does not satisfy the Tribunal as described in subsection (5A).

(5C) If the Tribunal sets aside a notice given by the Commission under subsection 93(3A), then:

(a) if the Commission gave the notice as part of a process starting when the Commission gave a notice under subsection 93A(2) during the period described in paragraph 93(7A)(a)—the Commission is taken for the purposes of paragraph 93(7A)(b) to have decided not to give the notice under subsection 93(3A) at the time the Tribunal set aside the notice given under subsection 93(3A); and

(b) for the purposes of subsections 93(7B) and (7C) the notice is taken not to have been given.

(6) For the purposes of a review by the Tribunal, the member of the Tribunal presiding at the review may require the Commission to furnish such information, make such reports and provide such other assistance to the Tribunal as the member specifies.

(7) For the purposes of a review, the Tribunal may have regard to any information furnished, documents produced or evidence given to the Commission in connexion with the making of the determination, or the giving of the notice, to which the review relates.

Annexe VI - Nouvelle Zélande

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Practices Substantially Lessening Competition

27 Contracts, arrangements, or understandings substantially lessening competition prohibited

PART II
RESTRICTIVE TRADE PRACTICES

Practices Substantially Lessening Competition

27. Contracts, arrangements, or understandings substantially lessening competition prohibited---(1) No person shall enter into a contract or arrangement, or arrive at an understanding, containing a provision that has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market.

(2) No person shall give effect to a provision of a contract, arrangement, or understanding that has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market.

(3) Subsection (2) of this section applies in respect of a contract or arrangement entered into, or an understanding arrived at, whether before or after the commencement of this Act.

(4) No provision of a contract, whether made before or after the commencement of this Act, that has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market is enforceable.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 45 (1), (2)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Practices Substantially Lessening Competition

28 Covenants substantially lessening competition prohibited

28. Covenants substantially lessening competition prohibited---(1) No person, either on his own or on behalf of an associated person, shall---
(a) Require the giving of a covenant; or
(b) Give a covenant---that has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market.

(2) No person, either on his own or on behalf of an associated person, shall carry out or enforce the terms of a covenant that has the purpose, or has or is likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market.

(3) Subsection (2) of this section applies to a covenant whether given before or after the commencement of this Act.

(4) No covenant, whether given before or after the commencement of this Act, that has the purpose, or has or is likely to have the effect of substantially lessening competition in a market is enforceable.

(5) No person shall---
(a) Threaten to engage in particular conduct if a person who, but for subsection (4) of this section, would be bound by a covenant, does not comply with the terms of the covenant; or
(b) Engage in particular conduct because a person who, but for subsection (4) of this section, would be bound by a covenant, has failed to comply, or proposes or threatens to fail to comply, with the terms of the covenant.

(6) Where a person---
(a) Issues an invitation to another person to enter into a contract containing a covenant; or
(b) Makes an offer to another person to enter into a contract containing a covenant; or
(c) Makes it known that the person will not enter into a contract of a particular kind unless the contract contains a covenant of a particular kind or in particular terms,---

that person shall, by issuing that invitation, making that offer, or making that fact known, be deemed to require the giving of the covenant.

(7) For the purposes of this section, 2 persons shall be taken to be associated with each other in relation to a covenant or proposed covenant if, but only if,---
(a) One person is under an obligation (otherwise than in pursuance of the covenant or proposed covenant), whether formal or informal, to act in accordance with the directions, instructions, or wishes of the other person in relation to the covenant or

proposed covenant; or
(b) The persons are interconnected bodies corporate.
Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 45B (1)-(3), (7)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Practices Substantially Lessening Competition

29 Contracts, arrangements, or understandings containing exclusionary provisions prohibited

29. Contracts, arrangements, or understandings containing exclusionary provisions prohibited---(1) For the purposes of this Act, a provision of a contract, arrangement, or understanding is an exclusionary provision if---

(a) It is a provision of a contract or arrangement entered into, or understanding arrived at, between persons of whom any 2 or more are in competition with each other; and

(b) It has the purpose of preventing, restricting, or limiting the supply of goods or services to, or the acquisition of goods or services from, any particular person or class of persons, either generally or in particular circumstances or on particular conditions, by all or any of the parties to the contract, arrangement, or understanding, or if a party is a body corporate, by a body corporate that is interconnected with that party.

(2) For the purposes of subsection (1) (a) of this section, a person is in competition with another person if that person or any interconnected body corporate is, or is likely to be, or, but for the relevant provision, would be or would be likely to be, in competition with the other person, or with an interconnected body corporate, in relation to the supply or acquisition of all or any of the goods or services to which that relevant provision relates.

(3) No person shall enter into a contract, or arrangement, or arrive at an understanding, that contains an exclusionary provision.

(4) No person shall give effect to an exclusionary provision of a contract, arrangement, or understanding.

(5) Subsection (4) of this section applies to an exclusionary provision of a contract or arrangement made, or understanding arrived at, whether before or after the commencement of this Act.

(6) No exclusionary provision of a contract, whether made before or after the commencement of this Act, is enforceable.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), ss. 4D, 45 (1)-(3)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Price Fixing

30 Certain provisions of contracts, etc., with respect to prices deemed to substantially lessen competition

Price Fixing

30. Certain provisions of contracts, etc., with respect to prices deemed to substantially lessen competition---(1) Without limiting the generality of section 27 of this Act, a provision of a contract, arrangement, or understanding shall be deemed for the purposes of that section to have the purpose, or to have or to be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect of fixing, controlling, or maintaining, or providing for the fixing, controlling, or maintaining, of the price for goods or services, or any discount, allowance, rebate, or credit in relation to goods or services, that are---

(a) Supplied or acquired by the parties to the contract, arrangement, or understanding, or by any of them, or by any bodies corporate that are interconnected with any of them, in competition with each other; or

(b) Resupplied by persons to whom the goods are supplied by the parties to the contract, arrangement, or understanding, or by any of them, or by any bodies corporate that are interconnected with any of them in competition with each other.

(2) The reference in subsection (1) (a) of this section to the supply or acquisition of goods or services by persons in competition with each other includes a reference to the supply or acquisition of goods or services by persons who, but for a provision of any contract, arrangement, or understanding would be, or would be likely to be, in competition with each other in relation to the supply or acquisition of the goods or services.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 45A (1), (7), (8)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Price Fixing

31 Joint venture pricing exempt from application of section 30

31. Joint venture pricing exempt from application of section 30---(1) For the purposes of this section---

(a) Joint venture means an activity in trade---

(i) Carried on by 2 or more persons, whether or not in partnership; or

(ii) Carried on by a body corporate for the purpose of enabling 2 or more persons to carry on that activity jointly by means of their joint control, or by means of their ownership of shares in the capital, of that body corporate or an interconnected body corporate:

(b) A reference to a contract or arrangement entered into, or an understanding arrived at for the purposes of a joint venture shall, in relation to a joint venture by way of an activity carried on by a body corporate in terms of paragraph (a) (ii) of this subsection, be read as including a reference to the memorandum and articles of association, rules, or other document that constitute or constitutes, or is or are to constitute, that body corporate.

(2) Nothing in section 30 of this Act applies to a provision of a contract or arrangement entered into, or an understanding arrived at for the purposes of a joint venture, to the extent that the provision relates to---

(a) The joint supply by the parties to the joint venture, or the supply by the parties to the joint venture in proportion to their respective interests in the joint venture, of goods jointly produced by those parties in pursuance of the joint venture; or

(b) The joint supply by the parties to the joint venture of services in pursuance of the joint venture, or the supply by the parties to the joint venture in proportion to their respective interests in the joint venture, of services in pursuance of, and made available as a result of, the joint venture; or

(c) In the case of a joint venture carried on by a body corporate in terms of subsection (1) (a) (ii) of this section,---

(i) The supply by that body corporate of goods produced by it in pursuance of the joint venture; or

(ii) The supply by that body corporate of services in pursuance of the joint venture, not being services supplied on behalf of the body corporate by a person who is the owner of shares in the capital of the body corporate, or a body corporate that is interconnected with such a person.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), ss. 4J, 45A (2)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Price Fixing

32 Certain recommendations as to prices for goods and services exempt from application of section 30

32. Certain recommendations as to prices for goods and services exempt from application of section 30---Nothing in section 30 of this Act applies to a provision of a contract, arrangement, or understanding, to the extent that the provision recommends or provides for the recommending of the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to goods or services where the parties to the contract, or arrangement, or understanding include not less than 50 persons (bodies corporate that are interconnected being counted as a single person) who supply or acquire, in trade, goods or services to which the provision applies.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 45A (3)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Price Fixing

33 Joint buying and promotion arrangements exempt from application of section 30

33. Joint buying and promotion arrangements exempt from application of section 30---Nothing in section 30 of this Act applies to a provision of a contract, arrangement, or understanding that---

(a) Relates to the price for goods or services to be collectively acquired, whether directly or indirectly, by parties to the contract, arrangement, or understanding; or

(b) Provides for joint advertising of the price for the resupply of goods so acquired.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 45A (4)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Price Fixing

34 Certain provisions of covenants with respect to prices deemed to substantially lessen competition

34. Certain provisions of covenants with respect to prices deemed to substantially lessen competition---(1) Without limiting the generality of section 28 of this Act, a covenant shall be deemed for the purposes of that section to have the purpose, or to have or to be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market if the covenant has the purpose or has or is likely to have the effect of fixing, controlling, or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of the price for goods or services, or any discount, allowance, rebate, or credit in relation to goods or services, that are---

(a) Supplied or acquired by the persons giving the covenant or the persons entitled to the benefit of the covenant, or by any of them, or by bodies corporate that are interconnected with any of them, in competition with each other; or

(b) Resupplied by persons to whom the goods are supplied by the persons giving the covenant or the persons entitled to the benefit of the covenant, or by any of them, or by bodies corporate that are interconnected with any of them, in competition with each other.

(2) The reference in subsection (1) (a) of this section to the supply or acquisition of goods or services by persons in competition with each other includes a reference to the supply or acquisition of goods or services by persons who, but for the covenant, would be in competition with each other in relation to the supply or acquisition of the goods or services.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 45C

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
II: Restrictive Trade Practices
Practices Substantially Lessening Competition Conditional Upon Authorisation

35 Contracts or covenants subject to authorisation not prohibited under certain conditions

Practices Substantially Lessening Competition Conditional Upon Authorisation

35. Contracts or covenants subject to authorisation not prohibited under certain conditions---(1) Notwithstanding anything in this Act, but subject to subsection (3) of this section,---

(a) A contract to which section 27 or section 29 of this Act applies may be entered into if the requirements of subsection (2) of this section are complied with:

(b) A covenant to which section 28 of this Act applies may be required to be given, or may be given, if the requirements of subsection (2) of this section are complied with.

(2) For the purposes of subsection (1) of this section, the requirements that must be met are---

(a) In the case of a contract to which section 27 or section 29 of this Act applies, that the contract shall be subject to a condition that the provision, or exclusionary provision, as the case may be, shall not come into force unless and until authorisation is granted to give effect to the provision, or exclusionary provision and that application shall be made for that authorisation within 15 working days after the contract is entered into:

(b) In the case of a covenant to which section 28 of this Act applies, that the covenant is subject to the condition that it shall not have effect unless and until authorisation is granted to give effect to it and that application shall be made for that authorisation within 15 working days after the covenant is made.

(3) Nothing in this section---

(a) Prevents the giving effect to a provision of a contract or an exclusionary provision, as the case may be, from constituting a contravention of section 27 or section 29 of this Act, as the case may be:

(b) Prevents the giving effect to a covenant from constituting a contravention of section 28 of this Act.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), ss. 45 (9), 45B (8)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
V: Authorisations and Clearances
Restrictive Trade Practices

58 Commission may grant authorisation for certain restrictive trade practices

PART V
AUTHORISATIONS AND CLEARANCES

Restrictive Trade Practices

58. Commission may grant authorisation for certain restrictive trade practices---(1) Subject to the provisions of this Part of this Act, the Commission may, upon application by or on behalf of any person, grant an authorisation for that person---

(a) To enter into a contract or arrangement, or arrive at an understanding, to which section 27 of this Act applies:

(b) To give effect to a provision of a contract or arrangement or understanding to which section 27 of this Act applies:

(c) To require the giving of, or to give, a covenant to which section 28 of this Act applies:

(d) To carry out or enforce a covenant to which section 28 of this Act applies:

(e) To enter into a contract or arrangement, or arrive at an understanding, to which section 29 of this Act applies:

(f) To give effect to an exclusionary provision of a contract or arrangement or understanding to which section 29 of this Act applies.

(2) While any such authorisation remains in force---

(a) In the case of an authorisation to enter into a contract or arrangement, or arrive at an understanding, to which section 27 or section 29 of this Act applies, nothing in those sections shall prevent any person from---

(i) Entering into, or in accordance with the authorisation, giving effect to or enforcing any provision of the contract; or

(ii) Entering into, or in accordance with the authorisation, giving effect to the arrangement; or

(iii) Arriving at, or in accordance with the authorisation, giving effect to the understanding:

(b) In the case of an authorisation to give effect to a provision of a contract, arrangement, or understanding to which section 27 or section 29 of this Act applies, nothing in those sections shall prevent any person from---

(i) In accordance with the authorisation, giving effect to or enforcing the contract; or

(ii) In accordance with the authorisation, giving effect to the arrangement or understanding:

(c) In the case of an authorisation for requiring the giving of, or to give, a covenant to which section 28 of this Act applies,

nothing in that section shall prevent any person from---
(i) Requiring the giving of, or giving, the covenant; or
(ii) Carrying out or enforcing the terms of the covenant in accordance with the authorisation:

(d) In the case of an authorisation to carry out or enforce the terms of a covenant to which section 28 of this Act applies, nothing in that section shall prevent any person from carrying out or enforcing the terms of the covenant in accordance with the authorisation.

(3) Every authorisation granted by the Commission to a person under any of the preceding provisions of this section to---

(a) Enter into a contract or arrangement or arrive at an understanding; or

(b) Give effect to a provision of a contract, arrangement, or understanding; or

(c) Require the giving of, or give, a covenant; or

(d) Carry out or enforce the terms of a covenant---

shall have effect as if it were also an authorisation in the same terms to every other person named or referred to in the application for the authorisation as a party to the contract, arrangement, or understanding, or as a person who is or would be bound by, or entitled to the benefit of, the covenant, as the case may be.

(4) An authorisation to a person under subsection (1) of this section may be expressed to apply to or in relation to another person who,---

(a) In the case of an authorisation to enter into a contract or arrangement or arrive at an understanding, becomes a party to the proposed contract or arrangement at a time after it is entered into or becomes a party to the proposed understanding at a time after it is arrived at:

(b) In the case of an authorisation to give effect to a provision of a contract, arrangement, or understanding, becomes a party to the contract, arrangement, or understanding at a time after the authorisation is granted:

(c) In the case of an authorisation to require the giving of, or to give, a covenant, becomes bound by, or entitled to the benefit of, the covenant at a time after the covenant is given:

(d) In the case of an authorisation to carry out or enforce the terms of a covenant, becomes bound by, or entitled to the benefit of, the covenant at a time after the authorisation is granted.

(5) Where an application is made to the Commission under section 60 of this Act for an authorisation in relation to a particular contract and is expressed to be made also in relation to another contract that is or will be in similar terms to the first-mentioned contract, the Commission may grant a single authorisation in respect of all the contracts or may grant a separate authorisation in respect of any one or more of the contracts.

(6) In subsection (5) of this section the term ``contract'' includes an arrangement, understanding, or covenant.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 88 (1), (5), (6), (10), (11), (13), (15)

Previous -- Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
V: Authorisations and Clearances
Restrictive Trade Practices

59 Authorisation not to be granted in relation to contracts, etc., made before determination by Commission

59. Authorisation not to be granted in relation to contracts, etc., made before determination by Commission---(1) Subject to section 35 of this Act, but notwithstanding anything in section 58 of this Act, the Commission shall not grant an authorisation to any person---

(a) To enter into a contract or arrangement, or to arrive at an understanding if the contract or arrangement has been entered into, or the understanding has been arrived at before the Commission makes a determination in respect of the application for that authorisation; or

(b) To require the giving of or to give a covenant if the covenant has been given before the Commission makes a determination in respect of the application for that authorisation.

(2) Nothing in subsection (1) of this section shall prevent the Commission granting an authorisation to any person---

(a) To give effect to a provision of a contract or arrangement entered into, or understanding arrived at, before the commencement of this Act; or

(b) To carry out or enforce a covenant given before the commencement of this Act.

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
V: Authorisations and Clearances
Restrictive Trade Practices

60 Procedure for applications for authorisation of restrictive trade practices

60. Procedure for applications for authorisation of restrictive trade practices---(1) Every application for an authorisation under section 58 of this Act shall be made in the prescribed form, shall contain such particulars as may be specified in the form and shall be accompanied by payment of such fee as may be prescribed.

(2) On receipt of an application that complies with subsection (1) of this section, the Commission shall forthwith---

(a) Record the application in the register to be kept by the Commission for the purpose:

(b) Give written notice of the date of registration to the person by or on whose behalf the application was made:

(c) Give notice of the application to any other person who, in the Commission's opinion, is likely to have an interest in the application:

(d) Give public notice of the application in such manner as the Commission thinks fit.

(3) Any person who has an interest in any application in respect of which a notice is given under subsection (2) (d) of this section may give written notice to the Commission of that person's interest and the reason therefor.

(4) On receipt of an application that does not comply with subsection (1) of this section, the Commission may, at its discretion, either---

(a) Accept the application and take the steps referred to in subsection (2) of this section in respect of that application; or

(b) Return the application to the person by or on whose behalf it was made; or

(c) Decline to register the application until it complies with subsection (1) of this section.

(5) Where the Commission declines to register an application under subsection (4) (c) of this section, it shall forthwith notify the person by or on whose behalf the application was made.

(6) The person making the application under subsection (1) of this section, and any person on whose behalf it was made, and any person to whom the application relates, shall from time to time produce, or, as the case may be, furnish to the Commission, within such time as it may specify, such further documents or information in relation to the application as may be required by the Commission for the purpose of enabling it to exercise its functions under this Part of this Act.

(7) Notwithstanding anything in subsection (2) or subsection (4) of this section, where the Commission is of the opinion that the matters to which an application relates are, for reasons other than arising from the application of any provision of this Act, unlikely to be proceeded with, the Commission may, in its discretion, return the application to the person by or on whose behalf the application was made.

(8) Any person who has made an application to the Commission for an authorisation may, at any time, by notice in writing to the Commission, withdraw the application.

Cf. 1975, No. 113, s. 70; 1983, No. 144, s. 26; Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 89 (1), (2)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
V: Authorisations and Clearances
Restrictive Trade Practices

61 Determination of applications for authorisation of restrictive trade practices

61. Determination of applications for authorisation of restrictive trade practices---(1) The Commission shall, in respect of an application for an authorisation under section 58 of this Act, make a determination in writing---

(a) Granting such authorisation as it considers appropriate:
(b) Declining the application.

(2) Any authorisation granted pursuant to section 58 of this Act may be granted subject to such conditions not inconsistent with this Act and for such period as the Commission thinks fit.

(3) The Commission shall take into account any submissions in relation to the application made to it by the applicant or by any other person.

(4) The Commission shall state in writing its reasons for a determination made by it.

(5) Before making a determination in respect of an application for an authorisation, the Commission shall comply with the requirements of section 62 of this Act.

(6) The Commission shall not make a determination granting an authorisation under section 58 (1) (a) to (d) of this Act unless it is satisfied that---

(a) The entering into of the contract or arrangement or the arriving at the understanding; or
(b) The giving effect to the provision of the contract, arrangement or understanding; or
(c) The giving or the requiring of the giving of the covenant; or
(d) The carrying out or enforcing of the terms of the covenant---

as the case may be, to which the application relates, will in all the circumstances result, or be likely to result, in a benefit to the public which would outweigh the lessening in competition that would result, or would be likely to result or is deemed to result therefrom.

(7) The Commission shall not make a determination granting an authorisation under section 58 (1) (e) or (f) of this Act unless it is satisfied that---

(a) The entering into of the contract or arrangement or the arriving at the understanding; or
(b) The giving effect to the exclusionary provision of the contract, or arrangement or understanding---

as the case may be, to which the application relates, will in all the

circumstances result, or be likely to result, in such a benefit to the public that---

(c) The contract or arrangement or understanding should be permitted to be entered into or arrived at; or

(d) The exclusionary provision should be permitted to be given effect to.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 90 (1), (2), (4), (5), (6), (7), (8)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
V: Authorisations and Clearances
Restrictive Trade Practices

62 Commission to prepare draft determination in relation to restrictive trade practices

62. Commission to prepare draft determination in relation to restrictive trade practices---(1) Before determining an application for an authorisation under section 58 of this Act, the Commission shall prepare a draft determination in relation to the application.

(2) The Commission shall send a copy of the draft determination and a summary of the reasons therefor to---

(a) The applicant:

(b) Any person to whom a notice has been given pursuant to section 60 (2) (c) of this Act:

(c) Any person who has given a notice pursuant to section 60 (3) of this Act and who in the opinion of the Commission has such an interest in the application as to justify the Commission sending a copy of the draft determination to that person:

(d) Any other person who in the opinion of the Commission may assist the Commission in its determination of the application.

(3) The applicant and each other person to whom a copy of the draft determination is sent shall notify the Commission within 10 working days after a date fixed by the Commission (not being a date earlier than the day on which the notice is sent) whether the applicant or other person wishes the Commission to hold a conference in relation to the draft determination.

(4) If each of the persons to whom a draft determination was sent under subsection (2) of this section---

(a) Notifies the Commission within the period of 10 working days prescribed in subsection (3) of this section that the person does not wish the Commission to hold a conference in relation to the draft determination; or

(b) Does not notify the Commission within that period that the person wishes the Commission to hold such a conference---

the Commission may make the determination at any time after the expiration of that period.

(5) If any of the persons to whom a draft determination was sent under subsection (2) of this section notifies the Commission, in writing, within the period of 10 working days prescribed in subsection (3) of this section that he wishes the Commission to hold a conference in relation to the draft determination, the Commission shall appoint a date (not being a date later than 20 working days after the expiration of that period), time, and place for the holding of the conference and give notice of the date, time, and place so appointed to each of the persons to whom a draft determination was sent under subsection (2) of this

section.

(6) The Commission may, of its own motion, determine to hold a conference in relation to the draft determination and shall appoint a date (not being a date later than 20 working days after the expiration of the period referred to in subsection (3) of this section), time, and place for the holding of the conference and give notice of the date, time, and place so appointed to each of the persons to whom the draft determination was sent under subsection (2) of this section.

(7) Where the Commission is of the opinion that 2 or more applications for authorisations that are made by the same person, or by bodies corporate that are interconnected with each other, involve the same or substantially similar issues, the Commission may treat the applications as if they constitute a single application, and may prepare a single draft determination in relation to the applications and hold a single conference in relation to that draft determination.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 90A (1), (2), (5), (6), (13)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
V: Authorisations and Clearances
Restrictive Trade Practices

63 Commission may grant provisional authorisation

63. Commission may grant provisional authorisation---(1) Where, in relation to an application for an authorisation under section 58 (1) (a) to (d) of this Act, the Commission is not satisfied that---

(a) The entering into of a contract or arrangement or the arriving at an understanding; or

(b) The giving effect to a provision of a contract, arrangement, or understanding; or

(c) The giving or the requiring the giving of a covenant; or

(d) The carrying out or enforcing of the terms of a covenant---

as the case may be, to which the application relates will, or will be likely to, result in a benefit to the public which would outweigh the lessening in competition that would result or would be likely to result or would be deemed to result therefrom, the Commission may, notwithstanding section 61 of this Act, grant a provisional authorisation for a period prescribed in the authorisation.

(2) Where, in relation to an application for an authorisation under section 58 (1) (e) or (f) of this Act, the Commission is not satisfied in all the circumstances that---

(a) The entering into of a contract, or arrangement, or the arriving at an understanding; or

(b) The giving effect to an exclusionary provision,---

as the case may be, to which the application relates, will result or will be likely to result in such a benefit to the public that the contract or arrangement or understanding should be permitted to be entered into or arrived at, or that the exclusionary provision should be permitted to be given effect to, the Commission may, notwithstanding section 61 of this Act, grant a provisional authorisation for a period prescribed in the authorisation.

(3) The Commission shall not grant an authorisation under this section unless it considers that granting an authorisation will materially assist it in determining the application.

(4) The Commission shall, as soon as practicable, make a final determination of the application under section 61 of this Act.

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
V: Authorisations and Clearances
Restrictive Trade Practices

64 Procedure at conference

64. Procedure at conference---(1) At every conference called under section 62 of this Act,---

(a) The Commission shall be represented by a member or members nominated by the Chairman:

(b) Each person to whom a draft determination was sent under section 62 (2) of this Act, and any other person whose presence at the conference is considered by the Commission to be desirable, is entitled to attend and participate personally or, in the case of a body corporate, be represented by a person who, or by persons each of whom, is a director, officer, or employee of the body corporate:

(c) A person participating in the conference in accordance with paragraph (b) of this subsection is entitled to have another person or other persons present to assist him:

(d) No other person is entitled to be present.

(2) The Commission may require any officer of the Commission to attend a conference called under section 62 of this Act where in the opinion of the Commission that officer may assist the Commission in the determination of the application.

(3) At every conference called under section 62 of this Act the Commission shall provide for as little formality and technicality as the requirements of this Act and a proper consideration of the application permits.

(4) The Commission shall cause such record of the conference to be made as is sufficient to set out the matters raised by the persons participating in the conference.

(5) Any member of the Commission attending the conference may terminate the conference when that member is of the opinion that a reasonable opportunity has been given for the expression of the views of persons participating in the conference.

(6) The Commission shall have regard to all matters raised at the conference, and may at any time after the termination of the conference make a determination in respect of the application.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 90A (7), (8), (9), (11)

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
V: Authorisations and Clearances
Restrictive Trade Practices

65 Commission may vary or revoke authorisations

65. Commission may vary or revoke authorisations---(1) Subject to subsection (2) of this section, if at any time after the Commission has granted an authorisation under section 58 of this Act the Commission is satisfied that---

(a) The authorisation was granted on information that was false or misleading in a material particular; or

(b) There has been a material change of circumstances since the authorisation was granted; or

(c) A condition upon which the authorisation was granted has not been complied with---

the Commission may revoke or amend the authorisation or revoke the authorisation and grant a further authorisation in substitution for it.

(2) The Commission shall not revoke or amend an authorisation or revoke an authorisation and substitute a further authorisation pursuant to subsection (1) of this section unless the person to whom the authorisation was granted and any other person who in the opinion of the Commission is likely to have an interest in the matter is given a reasonable opportunity to make submissions to the Commission and the Commission has regard to those submissions.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 91 (4)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

T-4

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
VI: Enforcement, Remedies, and Appeals
Restrictive Trade Practices

80 Pecuniary penalties

Restrictive Trade Practices

80. Pecuniary penalties---(1) If the Court is satisfied on the application of the Commission that a person---

(a) Has contravened any of the provisions of Part II of this Act; or

(b) Has attempted to contravene such a provision; or

(c) Has aided, abetted, counselled, or procured any other person to contravene such a provision; or

(d) Has induced, or attempted to induce, any other person, whether by threats or promises or otherwise, to contravene such a provision; or

(e) Has been in any way, directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the contravention by any other person of such a provision; or

(f) Has conspired with any other person to contravene such a provision,---

the Court may order the person to pay to the Crown such pecuniary penalty as the Court determines to be appropriate, not exceeding $100,000 in the case of a person not being a body corporate, or $300,000 in the case of a body corporate, in respect of each act or omission.

(2) In determining an appropriate penalty under this section, the Court shall have regard to all relevant matters, including---

(a) The nature and extent of the act or omission:

(b) The nature and extent of any loss or damage suffered by any person as a result of the act or omission:

(c) The circumstances in which the act or omission took place:

(d) Whether or not the person has previously been found by the Court in proceedings under this Part of this Act to have engaged in any similar conduct.

(3) The standard of proof in proceedings under this section shall be the standard of proof applying in civil proceedings.

(4) In any proceedings under this section, the Commission, upon the order of the Court, may obtain discovery and administer interrogatories.

(5) Proceedings under this section may be commenced within 3 years after the matter giving rise to the contravention arose.

(6) Where conduct by any person constitutes a contravention of 2 or more provisions of Part II of this Act, proceedings may be instituted under this Act against that person in relation to the contravention of any one or more of the provisions; but no person shall be liable to more than one pecuniary penalty under this section in respect of the same conduct.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), ss. 76, 77

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
VI: Enforcement, Remedies, and Appeals
Restrictive Trade Practices

81 Injunctions may be granted by Court for contravention of Part II

81. Injunctions may be granted by Court for contravention of Part II---The Court may, on the application of the Commission or any other person, grant an injunction restraining a person from engaging in conduct that constitutes or would constitute any of the following---

(a) A contravention of any of the provisions of Part II of this Act:
(b) Any attempt to contravene such a provision:
(c) Aiding, abetting, counselling, or procuring any other person to contravene such a provision:
(d) Inducing, or attempting to induce, any other person, whether by threats, promises or otherwise, to contravene such a provision:
(e) Being in any way directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the contravention by any other person of such a provision:
(f) Conspiring with any other person to contravene such a provision.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 80 (1), (2)

Previous -- Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
VI: Enforcement, Remedies, and Appeals
Restrictive Trade Practices

82 Actions for damages for contravention or Part II

82. Actions for damages for contravention or Part II---(1) Every person is liable in damages for any loss or damage caused by that person engaging in conduct that constitutes any of the following---

(a) A contravention of any of the provisions of Part II of this Act:

(b) Aiding, abetting, counselling, or procuring the contravention of such a provision:

(c) Inducing by threats, promises, or otherwise the contravention of such a provision:

(d) Being in any way directly or indirectly, knowingly concerned in, or party to, the contravention of such a provision:

(e) Conspiring with any other person in the contravention of such a provision.

(2) An action under subsection (1) of this section may be commenced at any time within 3 years from the time when the cause of action arose.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 82

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
VI: Enforcement, Remedies, and Appeals
Injunctions Generally

88 General provisions relating to granting of injunctions

Injunctions Generally

88. General provisions relating to granting of injunctions---(1) The Court may at any time rescind or vary an injunction granted under this Part of this Act.

(2) Where an application is made to the Court under this Part of this Act for the grant of an injunction restraining a person from engaging in conduct of a particular kind the Court may,---

(a) If it is satisfied that the person has engaged in conduct of that kind, grant an injunction restraining the person from engaging in conduct of that kind; or

(b) If in the opinion of the Court it is desirable to do so, grant an interim injunction restraining the person from engaging in conduct of that kind,---

whether or not it appears to the Court that the person intends to engage again, or to continue to engage, in conduct of that kind.

(3) Where an application is made to the Court under this Part of this Act for the grant of an injunction restraining a person from engaging in conduct of a particular kind, the Court may,---

(a) If it appears to the Court that, in the event that an injunction is not granted, it is likely that the person will engage in conduct of that kind, grant an injunction restraining the person from engaging in conduct of that kind; or

(b) If in the opinion of the Court it is desirable to do so, grant an interim injunction restraining the person from engaging in conduct of that kind,---

whether or not the person has previously engaged in conduct of that kind and whether or not there is an imminent danger of substantial damage to any person if the first-mentioned person engages in conduct of that kind.

(4) In any proceeding under this section, the Commission, upon the order of the Court, may obtain discovery and administer interrogatories.

Cf. Trade Practices Act 1974 (Aust.), s. 80 (3), (4), (5)

Previous - - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Previous - Contents - Search Acts - List of Acts - Next

Commerce Act 1986 005
Commenced: 1 May 1986
VI: Enforcement, Remedies, and Appeals
Injunctions Generally

89 Other orders

89. Other orders---(1) Where, is any proceedings under this Part of this Act, the Court finds that a person who is a party to the proceedings has suffered, or is likely to suffer, loss or damage by conduct of another person that was engaged in in contravention of any of the provisions of Part II of this Act, the Court may, whether or not it grants an injunction or makes any other order under this Part of this Act, make such order or orders as it thinks appropriate against the person who engaged in the conduct, or any other person who in relation to the contravention did any act referred to in section 81 (b) to (f) of this Act.

(2) Where a contract is entered into in contravention of this Act, or as the case may be, a contract contains a provision which if given effect to would contravene this Act, the Court may, in any proceedings under this Part of the Act, or on application made for the purpose by a party to the contract or any person claiming through or under any party to the contract, make an order---

(a) Varying the contract, in such manner as it thinks fit, not being a manner inconsistent with the provisions of this Act:

(b) Cancelling the contract:

(c) Requiring any person who is a party to the contract to make restitution or pay compensation to any other person who is a party to the contract.

(3) Where a covenant is given in contravention of this Act, or as the case may be, the enforcement of the terms of a covenant would contravene this Act, the Court may, in any proceedings under this Part of this Act, or on application made for the purpose by a person who,

Annexe VII - Afrique du Sud

(xii) 'interest' means a member's interest as defined in the Close Corporations Act, 1984 (Act No. 69 of 1984); (i)

(xiii) 'market power' means the power of firm to control prices, to exclude competition or to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers or suppliers; (xii)

(xiv) 'Minister' means the Minister of Trade and Industry; (xiii)

(xv) 'organ of state' has the meaning set out in section 239 of the Constitution; (xxiii)

(xvi) 'premises' includes land, any building, structure, vehicle, ship, boat, vessel, aircraft or container; (xvii)

(xvii) 'prescribed' means prescribed from time to time by regulation in terms of section 78; (xxviii)

(xviii) 'private dwelling' means any part of a structure that is occupied as a residence, or any part of a structure or outdoor living area that is accessory to, and used wholly for the purposes of, a residence; (xviii)

(xix) 'prohibited practice' means a practice prohibited in terms of Chapter 2; (xxv)

(xx) 'public regulation' means any national, provincial or local government legislation or subordinate legislation, or any license, tariff, directive or similar authorisation issued by a regulatory authority or pursuant to any statutory authority; (xvi)

(xxi) 'regulation' means a regulation made under this Act; (xix)

(xxii) 'regulatory authority' means an entity established in terms of national, provincial or local government legislation or subordinate legislation responsible for regulating an industry, or sector of an industry; (xx)

(xxiii) 'respondent' means a firm against whom a complaint of a prohibited practice has been initiated in terms of this Act; (xxi)

(xxiv) 'restrictive horizontal practice' means any practice listed in section 4; (ii)

(xxv) 'restrictive vertical practice' means any practice listed in section 5; (iii)

(xxvi) 'small business' has the meaning set out in the National Small Business Act, 1996 (Act No. 102 of 1996); (xi)

(xxvii) 'this Act' includes the regulations and Schedules; (ix)

(xxviii) 'vertical relationship' means the relationship between a firm and its suppliers, its customers or both. (xxvi)

(2) This Act must be interpreted-

(a) in a manner that is consistent with the Constitution and gives effect to the purposes set out in section 2; and

(b) in compliance with the international law obligations of the Republic.

(3) Any person interpreting or applying this Act may consider appropriate foreign and international law.

Purpose of Act

2. The purpose of this Act is to promote and maintain competition in the Republic in order-

(a) to promote the efficiency, adaptability and development of the economy;

(b) to provide consumers with competitive prices and product choices;

(c) to promote employment and advance the social and economic welfare of South Africans;

(d) to expand opportunities for South African participation in world markets and recognise the role of foreign competition in the Republic;

(e) to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the economy; and

(f) to promote a greater spread of ownership, in particular to increase the ownership stakes of historically disadvantaged persons.

Application of Act

3. (1) This Act applies to all economic activity within, or having an effect within, the Republic, except-

(a) collective bargaining within the meaning of section 23 of the Constitution, and the Labour Relations Act, 1995 (Act No. 66 of 1995);

(b) a collective agreement, as defined in section 213 of the Labour Relations Act, 1995;

(c) the rules of a professional association to the extent that they are exempted in terms of Schedule 1;

(d) acts subject to or authorised by public regulation; or

(e) concerted conduct designed to achieve a non-commercial socio-economic objective or similar purpose.

(2) For all purposes of this Act, a person is a historically disadvantaged person if that person-

(a) is one of a category of individuals who, before the Constitution of the Republic of South Africa, 1993 (Act No. 200 of 1993), came into operation, were disadvantaged by unfair discrimination on the basis of race;

(b) is an association, a majority of whose members are individuals referred to in paragraph (a);

(c) is a juristic person other than an association, and individuals referred to in paragraph (a) own and control a majority of its issued share capital or members' interest and are able to control a majority of its votes; or

(d) is a juristic person or association, and persons referred to in paragraph (a). (b or © own and control a majority of its issued share capital or members' interest and are able to control a majority of its votes.

CHAPTER 2

PROHIBITED PRACTICES

PART A

RESTRICTIVE PRACTICES

Restrictive horizontal practices prohibited

4. (1) An agreement between, or concerted practice by, firms or a decision by an association of firms, is prohibited if-

(a) it is between parties in a horizontal relationship and it has the effect of substantially preventing or lessening competition in a market, unless a party to the agreement, concerted practice, or decision can prove that any technological, efficiency or other pro-competitive, gain resulting from it outweighs that effect; or

(b) it involves any of the following restrictive horizontal practices:

(i) directly or indirectly fixing a purchase or selling price or any other trading condition;

(ii) dividing markets by allocating customers, suppliers, territories, or specific types of goods or services; or

(iii) collusive tendering.

(2) An agreement to engage in a restrictive horizontal practice referred to in subsection (1)(b) is presumed to exist between two or more firms if-

(a) any one of those firms owns a substantial shareholding, interest or similar right in the other, or they have at least one director or substantial shareholder in common; and

(b) any combination of those firms engages in that restrictive horizontal practice.

(3) A presumption contemplated in subsection (2) may be rebutted if firm, director or shareholder concerned establishes that a reasonable basis exists to conclude that the practice referred to in subsection (1)(b) was a normal commercial response to conditions prevailing in that market.

(4) For the purposes of subsection (2), "director" means-

(a) a director of a company as defined in the Companies Act, 1973 (Act No. 61 of 1973);

(b) a member of a close corporation as defined in the Close Corporations Act, 1984 (Act No. 69 of 1984);

(c) a trustee of a trust; or

(d) a person holding an equivalent position in firm.

(5) The provisions of subsection (1) do not apply to an agreement between, or concerted practice engaged in by,-

(a) a company, its wholly owned subsidiary as contemplated in section 1(5) of the Companies Act, 1973, a wholly owned subsidiary of that subsidiary or any combination of them; or

(b) the constituent firms within a single economic entity similar in structure to those referred to in paragraph (a).

Restrictive vertical practices prohibited

5. (1) An agreement between parties in a vertical relationship is prohibited if it has the effect of substantially preventing or lessening competition in a market, unless a party to the agreement can prove that any technological, efficiency or other pro-competitive, gain resulting from that agreement outweighs that effect.

(2) The practice of minimum resale price maintenance is prohibited.

(3) Despite subsection (2), a supplier or producer may recommend a minimum resale price to the reseller of a good or service provided-

(a) the supplier or producer makes it clear to the reseller that the recommendation is not binding; and

(b) if the product has its price stated on it, the words "recommended price" appear next to the stated price.

PART B

ABUSE OF A DOMINANT POSITION

Restricted application of Part

(c) it involves discriminating between those purchasers in terms of

(i) the price charged for the goods or services;

(ii) any discount, allowance, rebate or credit given or allowed in relation to the supply of goods or services;

(iii) the provision of services in respect of the goods or services; or

(iv) payment for services provided in respect of the goods or services.

(2) Despite subsection (1), conduct involving differential treatment of purchasers in terms of any matter listed in paragraph © of that subsection is not prohibited price discrimination if the dominanti firm establishes that the differential treatment-

(a) makes only reasonable allowance for differences in cost or likely cost of manufacture, distribution, sale, promotion or delivery resulting from the differing places to which, methods by which, or quantities in which, goods or services are supplied to different purchasers;

(b) is constituted by doing acts in good faith to meet a price or benefit offered by a competitor; or

(c) is in response to changing conditions affecting the market for the goods or services concerned, including-

(i) any action in response to the actual or imminent deterioration of perishable goods;

(ii) any action in response to the obsolescence of goods;

(iii) a sale pursuant to a liquidation or sequestration procedure; or

(iv) a sale in good faith in discontinuance of business in the goods or services concerned.

PART C

EXEMPTIONS FROM APPLICATION OF CHAPTER

Exemption

10. (1) firm, may apply to the Competition Commission to exempt an agreement, or practice, or category of either agreements, or practices, from the application of this Chapter.

(2) Upon receiving an application in terms of subsection (1), the Competition Commission may-

(a) advise the applicant in writing that the agreement, or practice, or category of either agreements, or practices, does not constitute a prohibited practice in teens of this Chapter;

(b) grant a conditional or unconditional exemption for a specified term, if the agreement, or practice, or category of either agreements, or practices concerned meets the requirements of subsection (3); or

(c) refuse to grant an exemption.

(3) The Competition Commission may grant an exemption in terms of subsection (2)(b), if-

(a) any restriction imposed on the firms concerned by the agreement, or practice, or category of either agreements, or practices, concerned, is required to attain an objective mentioned in paragraph (b); and

(b) the agreement, or practice, or category of either agreements, or practices, concerned, contributes to any of the following objectives:

(i) maintenance or promotion of exports;

(ii) promotion of the ability of small businesses, or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons, to become competitive:

(iii) change in productive capacity necessary to stop decline in an industry: or

(iv) the economic stability of any industry designated by the Minister, after consulting the minister responsible for that industry.

(4) In addition to the provisions of subsections (2) and (3), the Competition Commission may exempt an agreement, or practice, or category of either agreements, or practices, that relates to the exercise of a right acquired or protected in terms of the Performers' Protection Act, 1967 (Act No. 11 of 1967), the Plant Breeder's Rights Act, 1976 (Act No. 15 of 1976), the Patents Act, 1978 (Act No. 57 of 1978), the Copyright Act, 1978 (Act No. 98 of 1978), the Trade Marks Act, 1993 (Act No. 194 of 1993) and the Designs Act, 1993 (Act No. 195 of 1993).

(5) The Competition Commission may revoke its written advice given in terms of subsection 2(a), or an exemption granted in terms of subsection (2)(b), if-

(a) the advice was given, or the exemption was granted, on the basis of false or incorrect information;

(b) a condition for the exemption is not fulfilled; or

(c) the reason for granting the exemption no longer exists.

(6) Before granting an exemption in terms of subsection (2) or (4), or revoking an exemption in terms of subsection (5), the Competition Commission must-

(a) give notice in the Gazette of the application for an exemption, or of its intention to revoke that exemption; and

(b) allow interested parties 30 days from the date of that notice to make written representations as to why the exemption should not be granted or revoked.

(7) The Competition Commission must, by notice in the Gazette, give notice of any exemption granted or revoked in terms of this section.

(8) The firm concerned, or any other person with a substantial material interest affected by a decision of the Competition Commission in terms of subsection (2)(b) or (c), or subsections (4) or (5), may appeal against that decision to the Competition Tribunal in the prescribed manner.

CHAPTER 3

MERGER CONTROL

Restricted application of Chapter

11. (1) As soon as practicable after this Act comes into operation, and at intervals of not less than five years thereafter, the Minister must, in consultation with the Competition Commission, and by notice in the Gazette-

(a) determine a threshold of combined annual turnover, or assets, in the Republic, either in general or in relation to specific industries, at or below which this Chapter does not apply to a merger;

(b) determine a second threshold of combined annual turnover, or assets, in the Republic, either in general or in relation to specific

Liability

43. (1) The State Liability Act, 1957 (Act No. 20 of 1957), read with the changes required by the context, applies to the Competition Commission and to the Competition Tribunal, but a reference in that Act to "the Minister of the Department concerned" must be interpreted as referring to the Commissioner, or to the Chairperson, as the case may be.

(2) No Competition Tribunal member, Competition Appeal Court member, Commissioner, staff person or contractor is liable for any report, finding, point of view or recommendation that is given in good faith and is submitted to Parliament, or made known, under the Constitution or this Act.

CHAPTER 5

COMPETITION TRIBUNAL PROCEDURES

Initiating a complaint

44. A complaint against a prohibited practice by a firm may be initiated by the Commissioner, or submitted to the Competition Commission by any person in the prescribed manner.

Investigation by Competition Commission

45. (1) Upon initiating or receiving a complaint in terms of section 44, the Commissioner must direct an inspector to investigate the complaint as quickly as practicable.

(2) At any time during an investigation, the Commissioner may designate one or more persons to assist the inspector conducting the investigation.

(3) A person questioned by an inspector conducting an investigation must answer each question truthfully and to the best of that person s ability, but a person is not obliged to answer any question if the answer is self-incriminating.

(4) At any time during an investigation, the Commissioner may summon any person who is believed to be able to furnish any information on the subject of the investigation, or to have possession or control of any book, document or other object that has a bearing on that subject-

(a) to appear before the Commissioner or a person authorised by the Commissioner, to be interrogated at a time and place specified in the summons; or

(b) to deliver or produce to the Commissioner, or a person authorised by the Commissioner, any book, document or other object referred to in paragraph (a) at a time and place specified in the summons.

(5) No self-incriminating answer given or statement made by any person to an inspector exercising powers in terms of this section will be admissible as evidence against that person in criminal proceedings against that person instituted in any court, except in criminal proceedings for perjury or in which that person is tried for an offence contemplated in section 72 or section 73(2)(d), and then only to the extent that the answer or statement is relevant to prove the offence charged.

Authority to enter and search under warrant

46. (1) A judge of the High Court, a regional magistrate or a magistrate may issue a warrant to enter and search any premises that are within the jurisdiction of that judge or magistrate, if, from information on oath or affirmation, there are reasonable grounds to believe that-

(a) a prohibited practice has taken place, is taking place or is likely to take place on or in those premises: or

(6) If the owner or person in control of an article or document refuses in terms of subsection (5) to give that article or document to the person conducting the search, the person conducting the search may request the registrar or sheriff of the High Court that has jurisdiction to attach and remove the article or document for safe custody until that court determines whether or not the information is privileged.

(7) A police officer who is authorised to enter and search premises under section 46. or who is assisting an inspector who is authorised to enter and search premises under section 46 or 47, may overcome resistance to the entry and search by using as much force as is reasonably required, including breaking a door or window of the premises.

(8) Before using force in terms of subsection (7), a police officer must audibly demand admission and must announce the purpose of the entry, unless it is reasonable to believe that doing so may induce someone to destroy or dispose of an article or document that is the object of the search.

(9) The Competition Commission may compensate anyone who suffers damage because of a forced entry during a search when no one responsible for the premises was present.

Outcome of complaint

50. After completing its investigation, the Competition Commission must-

(a) refer the matter to the Competition Tribunal, if it determines that a prohibited practice has been established; or

(b) in any other case, issue a notice of non-referral to the complainant in the 5 prescribed form.

Referral to Competition Tribunal

51. (1) If the Competition Commission issues a notice of non-referral in response to a complaint, the complainant concerned may refer the matter directly to the Competition Tribunal.

(2) A referral to the Competition Tribunal, whether by the Competition Commission in terms of section 50(a), or by a complainant in terms of subsection (1), must be in the prescribed form.

(3) The Chairperson of the Competition Tribunal must, by notice in the Gazette, publish each referral made to the Tribunal.

(4) The notice published in terms of subsection (3) must include-

(a) the name of the firm whose conduct is the subject of the referral; and

(b) the nature of the conduct that is the subject of the referral.

Hearings before Competition Tribunal

52. (1) The Competition Tribunal must conduct a hearing into every matter referred to it in terms of section 50(a) or section 51(1).

(2) The Competition Tribunal must conduct its hearings in public-

(a) in an inquisitorial manner;

(b) as expeditiously as possible;

(c) as informally as possible; and

(d) in accordance with the principles of natural justice.

(3) Despite subsection (2), the Tribunal member presiding at a hearing may exclude members of the public, or specific persons or categories of persons, from attending the proceedings-

(a) if evidence to be presented is confidential information, but only to the extent that the information cannot otherwise be protected;

(b) if the proper conduct of the hearing requires it; or

(c) for any other reason that would be justifiable in civil proceedings in a High Court.

(4) At the conclusion of a hearing, the Competition Tribunal must make any order permitted in terms of Chapter 6, and must issue written reasons for its decision.

(5) The Competition Tribunal must provide the participants and other members of the public reasonable access to the record of each hearing, subject to any ruling to protect confidential information made in terms of subsection (3)(a).

Right to participate in hearing

53. The following persons may participate in a hearing contemplated in section 52, in person or through a representative, and may put questions to witnesses and inspect any books, documents or items presented at the hearing:

(a) the Commissioner, or any person appointed by the Commissioner;

(b) the complainant;

(c) the firm whose conduct forms the basis of the hearing; and

(d) any other person who has a material interest in the hearing, unless, in the opinion of the presiding member of the Competition Tribunal, that interest is adequately represented by another participant.

Powers of member presiding at hearing

54. The member of the Competition Tribunal presiding at a hearing may-

(a) direct or summon any person to appear at any specified time and place;

(b) question any person under oath or affirmation;

(c) summon or order any person-

(i) to produce any book, document or item necessary for the purposes of the hearing; or

(ii) to perform any other act in relation to this Act; and

(d) give directions prohibiting or restricting the publication of any evidence given to the Competition Tribunal.

Rules of procedure

55. Subject to the Competition Tribunal's rules of procedure, the Tribunal member presiding at a hearing may determine any matter of procedure for that hearing, with due regard to the circumstances of the case, and the requirements of section 52(2).

Witnesses

56. (1) Every person giving evidence at a hearing of the Competition Tribunal must answer any relevant question.

(2) The law regarding a witness' privilege in a criminal case in a court of law applies equally to a person who provides information during a hearing.

(3) The Competition Tribunal may order a person to answer any question, or to produce any article or document, even if it is self-incriminating to do so.

(4) Section 45(5) applies to evidence given by a witness in terms of this

section.

Costs

57. (1) Subject to subsection (2), each party participating in a hearing must bear its own costs. (2) If the Competition Tribunal-

(a) has not made a finding against a respondent, the Tribunal member presiding at a hearing may award costs to the respondent, and against a complainant who referred the complaint in terms of section 51 (1); or

(b) has made a finding against a respondent, the Tribunal member presiding at a hearing may award costs against the respondent, and to a complainant who referred the complaint in terms of section 51 (1).

Appeals

58. (1) Subject to the rules of the Competition Appeal Court, a participant in a hearing referred to in section 53 may-

(a) appeal against any decision of the Competition Tribunal, other than a decision in terms of section 62(3), to the Competition Appeal Court; or

(b) apply to the Competition Appeal Court to review a decision of the Competition Tribunal.

(2) The Competition Appeal Court may make an order for the payment of costs against any party in the hearing, or against any person who represented a party in the hearing, according to the requirements of the law and fairness.

(3) A judgment of the Competition Appeal Court is binding on the Competition Tribunal, and the Competition Commission.

CHAPTER 6

REMEDIES AND ENFORCEMENT

Interim relief

59. (1) At any time, whether or not a hearing has commenced into an alleged prohibited practice, a person referred to in section 44 may apply to the Competition Tribunal for an interim order in respect of that alleged practice, and the Tribunal may grant such an order if-

(a) there is evidence that a prohibited practice has occurred;

(b) an interim order is reasonably necessary to-

(i) prevent serious, irreparable damage to that person; or

(ii) to prevent the purposes of this Act being frustrated;

(c) the respondent has been given a reasonable opportunity to be heard, having regard to the urgency of the proceedings; and

(d) the balance of convenience favours the granting of the order.

(2) An interim order in terms of this section must not extend beyond the earlier of-

(a) the conclusion of a hearing into the alleged prohibited practice; or

(b) the date that is six months after the date of issue of the interim order.

(3) If an interim order has been granted, and a hearing into that matter has not been concluded within six months after the date of that order, the Competition Tribunal, on good cause shown, may extend the interim order for a further period not exceeding six months.

Orders of Competition Tribunal

60. (1) In addition to its other powers in terms of this Act, the Competition Tribunal may-

(a) make an appropriate order in relation to a prohibited practice, including-

(i) interdicting any prohibited practice;

(ii) ordering a party to supply or distribute goods or services to another party on terms reasonably required to end a prohibited practice;

(iii) imposing an administrative fine, in terms of section 61, with or without the addition of any other order in terms of this section;

(iv) ordering divestiture, subject to section 62;

(v) declaring conduct of a firm to be a prohibited practice in terms of this Act, for the purposes of section 65;

(vi) declaring the whole or any part of an agreement to be void;

(vii) ordering access to an essential facility on terms reasonably required;

(b) confirm a consent agreement in terms of section 63 as an order of the Tribunal; or

(c) condone any breach of its rules and procedures on good cause shown.

(2) At any time, the Competition Tribunal may adjourn a hearing for a reasonable period of time, if there is reason to believe that the hearing relates to a prohibited practice that might qualify for exemption in terms of section 10.

(3) Despite any other provision of this Act, if the Competition Tribunal adjourns a hearing in terms of subsection (2), the respondent may apply for an exemption during that adjournment.

Administrative fines

61. (1) The Competition Tribunal may impose an administrative penalty only-

(a) for a prohibited practice in terms of sections 4(1)(b), 5(2) or 8(a), (b) and (d);

(b) for a prohibited practice in terms of sections 4(1)(a), 5(1), 8© or 9(1), if the conduct is substantially a repeat by the same firm of conduct previously found by the Tribunal to be a prohibited practice; or

(c) if the parties to a merger have-

(i) failed to give notice of the merger as required by section 13;

(ii) proceeded to implement the merger in contravention of a decision by the Competition Commission or the Competition Tribunal to prohibit that merger;

(iii) proceeded to implement the merger in a manner contrary to a condition for the approval of that merger imposed by the Commission in terms of section 14, or the Tribunal in terms of section 1S; or

(iv) proceeded to implement the merger without the approval of the Commission or the Tribunal.

(2) An administrative fine imposed in terms of subsection (1) may not exceed 10% of the firm 's annual turnover in the Republic and its exports from the Republic during the firm s preceding financial year.

(3) When determining an appropriate fine, the Competition Tribunal must

consider the following factors:

(a) the nature, duration, gravity and extent of the contravention;

(b) any loss or damage suffered as a result of the contravention;

(c) the behaviour of the respondent;

(d) the market circumstances in which the contravention took place;

(e) the level of profit derived from the contravention;

(f) the degree to which the respondent has co-operated with the Competition Commission and the Tribunal; and

(g) whether the respondent has previously been found in contravention of this Act.

(4) A fine payable in terms of this section must be paid into the National Revenue Fund referred to in section 213 of the Constitution.

Divestiture

62. (1) If a merger is implemented in contravention of Chapter 3, the Competition Tribunal may-

(a) order a party to the merger to sell any shares, interest or other assets it has acquired pursuant to the merger; or

(b) declare void any provision of an agreement to which the merger was subject.

(2) The Competition Tribunal, in addition to or in lieu of making an order under section 60, may make an order directing any firm, or any other person to sell any shares, interest or assets of the firm if-

(a) it has contravened section 8, and

(b) the prohibited practice-

(i) cannot adequately be remedied in terms of another provision of this Act; or

(ii) is substantially a repeat by that firm of conduct previously found by the Tribunal to be a prohibited practice.

(3) An order made by the Competition Tribunal in terms of subsection (2) is of no force or effect unless confirmed by the Competition Appeal Court.

(4) An order made in terms of subsection (1) or (2) may set a time for compliance, and any other terms that the Competition Tribunal considers appropriate, having regard to the commercial interests of the party concerned.

Consent orders

63. (1) If a complaint of a prohibited practice has been investigated by the Competition Commission, and the Commission and the respondent agree on the terms of an appropriate order, the Competition Tribunal, without hearing any evidence, may confirm that agreement as a consent order in terms of section 60.

(2) With the consent of a complainant, a consent order confirmed in terms of subsection (1) may include an award of damages to that complainant.

(3) A consent order does not preclude a complainant applying for-

(a) a declaration in terms of section 60(1)(a)(v) or (vi); or

(b) an award of civil damages in terms of section 65, unless the consent

order includes an award of damages to the complainant.

Status and enforcement of orders

64. (1) Any decision, judgment or order of the Competition Commission, Competition Tribunal or Competition Appeal Court may be served, executed and enforced as if it were an order of the High Court.

(2) The Competition Commission may institute proceedings in the High Court on its own behalf for recovery of an administrative penalty imposed by the Competition Tribunal.

(3) A proceeding under subsection (2) may not be initiated more than three years after the imposition of the administrative penalty.

Civil actions and jurisdiction

65. (1) Nothing in this Act renders void a provision of an agreement that, in terms of this Act, is prohibited or may be declared void, unless the Competition Tribunal or Competition Appeal Court declares that provision to be void.

(2) If, in any action in a civil court, a party raises an issue concerning conduct that is prohibited in terms of this Act, that court must not consider that issue on its merits, and-

(a) if the issue raised is one in respect of which the Competition Tribunal or Competition Appeal Court has made an order, the court must apply the determination of the Tribunal or the Competition Appeal Court to the issue; or

(b) otherwise, the court must refer that issue to the Tribunal to be considered on its merits, if the court is satisfied that-

(i) the issue has not been raised in a frivolous or vexatious manner; and

(ii) the resolution of that issue is required to determine the final outcome of the action.

(3) The Competition Tribunal and the Competition Appeal Court share exclusive jurisdiction in respect of the following matters:

(a) interpretation and application of the provisions of Chapters 2, 3, and 6, other than this section; and

(b) the functions referred to in sections 21(1), 27(1) and 37(1).

(4) The Competition Appeal Court has final jurisdiction in respect of any matter referred to in subsection (3) that may be appealed to it or reviewed by it.

(5) For greater certainty, the Competition Tribunal and the Competition Appeal Court have no jurisdiction over the assessment of the amount, and awarding, of damages arising out of a prohibited practice.

(6) A person who has suffered loss or damage as a result of a prohibited practice-

(a) may not commence an action in a civil court for the assessment of the amount or awarding of damages if that person has been awarded damages in a consent order confirmed in terms of section 63(1); or

(b) if entitled to commence an action referred to in paragraph (a), when instituting proceedings, must file with the Registrar or Clerk of the Court a notice from the Chairperson of the Competition Tribunal, or from the Judge President of the Competition Appeal Court, in the prescribed form-

(i) certifying that the conduct constituting the basis for the action has been found to be a prohibited practice in terms of this Act;

(ii) stating the date of the Tribunal or Competition Appeal Court finding;

and

(iii) setting out the section of this Act in terms of which the Tribunal or the Competition Appeal Court made its finding.

(7) A certificate referred to in subsection (6)(b) is conclusive proof of its contents, and is binding on a civil court.

(8) An appeal or application for review against an order made by the Competition Tribunal in terms of section 60 suspends any right to commence an action in a civil court with respect to the same matter.

(9) A person's right to damages arising out of a prohibited practice comes into existence-

(a) on the date that the Competition Tribunal made a determination in respect of a matter that affects that person; or

(b) in the case of an appeal, on the date that the appeal process in respect of that matter is concluded. (10) For the purposes of section 2A(2)(a) of the Prescribed Rate of Interest Act, 1975 (Act No. 55 of 1975), interest on a debt in relation to a claim for damages in terms of this Act will commence on the date of issue of the certificate referred to in subsection (6).

Variation of order

66. (1) The Competition Tribunal, or the Competition Appeal Court, acting of its own accord or on application of a person affected by a decision or order, may vary or rescind its decision or order-

(a) erroneously sought or erroneously granted in the absence of any party affected by it;

(b) in which there is ambiguity, or an obvious error or omission, but only to the extent of correcting that ambiguity, error or omission; or

(c) made or granted as a result of a mistake common to all of the parties to the proceeding.

Limitations of bringing action

67. (1) A complaint in respect of a prohibited practice may not be initiated more than three years after the practice has ceased.

(2) A complaint may not be initiated against any firm that is, or has been, a respondent in proceedings under another section of this Act relating substantially to the same conduct.

Standard of proof

68. In any proceedings in terms of Chapter 3 or this Chapter, the standard of proof is on a balance of probabilities.

CHAPTER 7

OFFENCES

Breach of confidence

69. (1) It is an offence to disclose any confidential information concerning the affairs of any person or firm obtained-

(a) in carrying out any function in terms of this Act; or

(b) as a result of initiating a complaint or participating in any proceedings in terms of this Act.

(2) Subsection (1) does not apply to information disclosed-

(2) A guideline prepared in terms of subsection (1)-

(a) must be published in the Gazette; but

(b) is not binding on the Competition Commission, the Competition Tribunal or the Competition Appeal Court in the exercise of their respective discretion, or their interpretation of this Act.

Official seal

80. The President, by proclamation in the Gazette, may prescribe an official seal for each of the Competition Commission, Competition Tribunal and the Competition Appeal Court.

Act binds State

81. This Act binds the State.

Information exchange with foreign agencies

82. The President may assign to the Competition Commission any duty of the Republic, in terms of an international agreement relating to the purpose of this Act, to exchange information with a similar foreign agency.

Transitional arrangements and repeal of laws

83. (1) Subject to Schedule 3, the laws specified in Schedule 2, and all proclamations, regulations or notices promulgated or published in terms of those laws, are repealed.

(2) The repeal of those laws specified in Schedule 2 does not affect any transitional arrangements made in Schedule 3.

Short Title and commencement of Act

84. (1) This Act is called the Competition Act and comes into operation on a date fixed by the President by proclamation in the Gazette.

(2) The President may set different dates for different provisions of this Act to come into operation.

(3) Unless the context otherwise indicates, a reference in a section of this Act to a time when this Act comes into operation must be construed as a reference to the time when that section comes into operation.

SCHEDULE 1

EXEMPTION OF PROFESSIONAL RULES IN TERMS OF SECTION 20

PART A

1. A professional association may apply in the prescribed manner to the Competition Commission to have all or part of its rules exempted from the provisions of Part A of Chapter 2 of this Act, provided-

(a) the rules do not contain any restriction that has the effect of substantially preventing or lessening competition in a market; or

(b) if the rules do contain a restriction contemplated in paragraph (a), that restriction, having regard to internationally applied norms, is reasonably required to maintain-

(i) professional standards; or

(ii) the ordinary function of the profession.

2. Upon receiving an application in terms of item 1, the Competition Commission may exempt the rules concerned after it has-

(a) given notice of the application in the Gazette;

(b) allowed interested parties 30 days from the date of that notice to make representations concerning the application; and

(c) consulted the responsible Minister, or member of the Executive Council.

3. The Competition Commission, in the prescribed manner, may revoke an exemption granted under item 2 on good cause shown, at any time after it has-

(a) given notice in the Gazette of its intention to revoke the exemption;

(b) allowed interested parties 30 days from the date of that notice to make representations concerning the exemption; and

(c) consulted the responsible Minister, or member of the Executive Council.

4. A professional rule is exempt, or its exemption revoked, only as of the date that notice of the exemption or revocation, as the case may be, is published in the Gazette.

5. The Competition Commission must maintain for public inspection a record of all professional rules that have received exemption, or for which exemption has been revoked.

6. In this Schedule- 'professional association' means an association referred to in Part B of this Schedule; 'professional rules' means rules regulating a professional association that are binding on its members; 'rules' includes regulations, codes of practice and statements of principle;

PART B

For the purpose of this Act, a professional association is-

(a) for each of the following professions, a governing body of that profession registered in terms of an Act mentioned below the name of that profession; or

(b) any other association, if the Competition Commission is satisfied that it represents the interests of members of a profession referred to in paragraph (a)

Accountants and Auditors

Public Accountants and Auditors Act, 1991 (Act No. 80 of 1991).

Architects

Architects Act, 1970 (Act No. 35 of 1970).

Engineering

Engineering Profession of South Africa Act, 1990 (Act No. 114 of 1990)

Estate Agents

Estate Agents Act, 1976 (Act No. 112 of 1976)

Attorneys and Advocates

Attorneys Act, 1979 (Act No. 53 of 1979)

Admission of Advocates Act, 1964 (Act No. 74 of 1964)

Natural sciences

Natural Scientific Professions Act, 1993 (Act No. 106 of 1993)

Quantity Surveyors

Quantity Surveyors Act, 1970 (Act No. 36 of 1970)

Surveyors

Professional and Technical Surveyors Act, 1984 (Act No. 40 of 1984)

Town and Regional Planners

Town and Regional Planners Act, 1984 (Act No. 19 of 1984)

Valuers

Valuers Act, 1982 (Act No. 23 of 1982)

Medical

Medical, Dental and Supplementary Health Service Professions Act, 1974 (Act No. 56 of 1974)

Nursing Act, 1978 (Act No. 50 of 1978)

Dental Technicians Act, 1979 (Act No. 19 of 1979)

Pharmacy Act, 1974 (Act No. 53 of 1974)

Veterinary and Para-veterinary Professions Act, 1982 (Act No. 19 of 1982)

Chiropractors Homeopaths and Allied Health Service Professions Act, 1982 (Act No. 63 of 1982)

Miscellaneous

Any other professional association to whom the provisions of this Schedule have been declared applical Minister by notice in the Gazette.

SCHEDULE 2

REPEAL OF LAWS

(SECTION 83)

No and Year of Law	Short Title	Extent of Repeal
Act No. 96 of 1979	Maintenance and Promotion of Competition Act, 1979	The whole
Act No. 58 of 1980	Maintenance and Promotion of Competition Amendment Act, 1980	The whole
Act No. 62 of 1983	Maintenance and Promotion of Competition Amendment Act, 1983	The whole
Act No. 12 of 1985	Maintenance and Promotion of Competition Amendment Act, 1985	The whole
Act No. 5 of 1986	Maintenance and Promotion of Competition Amendment Act, 1986	The whole
Act No. 96 of 1987	Maintenance and Promotion of Competition Amendment Act, 1987	The whole
Act No. 88 of 1990	Maintenance and Promotion of Competition Amendment Act, 1990	The whole

SCHEDULE 3

Transitional Arrangements

1. A ruling issued in terms of section 6(1)(a) of the Maintenance and Promotion of Competition Act, 1979 (Act No. 86 of 1979), or notice issued in terms of section 14(1)© of that Act, in relation to an "acquisition" as defined in that Act, must be regarded for purposes of this Act to be a conditional approval of a merger as if it had been granted after this Act came into operation by the Competition Commission in terms of section 14(1)(b), or by the Competition Tribunal in terms of section 16(2)(b).